

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

**Francini Byk Giovanella**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA**

**Porto Alegre**  
**2018**

FRANCINI BYK GIOVANELLA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

**Porto Alegre  
2018**

FRANCINI BYK GIOVANELLA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial para a obtenção do título  
de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais,  
junto à Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini – Orientador

---

Eduardo Kahler Ribeiro

---

Rodrigo Führ de Oliveira

**Porto Alegre  
2018**

## RESUMO

Este trabalho objetiva investigar a possibilidade de responsabilização extracontratual do Estado por omissão legislativa. Para tanto, esta monografia divide-se em duas partes. Na primeira parte, são apresentados conceitos gerais a respeito da responsabilidade civil do Estado por omissão, analisando-se seus pressupostos e principais divergências atinentes ao assunto. Na segunda parte, o estudo concentra-se em específico no tema da responsabilidade civil do Estado Legislador por omissão. Inicialmente, são expostas noções relativas à função legislativa e à evolução histórica do instituto e, na sequência, indicado o conceito de agente legislativo. Além disso, aborda-se a definição de omissão legislativa inconstitucional, destacando-se o momento em que é caracterizada, bem como expondo-se uma breve classificação da omissão. Em seguida, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são exemplificados como instrumentos introduzidos na ordem jurídica para solucionar a omissão, reconhecendo a mora pela falta de lei. Diante disso, objetiva-se concluir se a inércia do Estado Legislador enseja o dever de indenizar, considerando o disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que assenta a responsabilidade objetiva do Estado por ações e omissões praticadas por seus agentes. Ao final, este trabalho examina um caso sobre a mora legislativa derivada da ausência de edição da lei prevista no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado Legislador. Inconstitucionalidade por omissão legislativa. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Mandado de injunção. Mora legislativa.

## ABSTRACT

This paper aims to study the possibility of non-contractual liability of State by legislative omission. To this end, this essay is divided into two parts. In the first part, general concepts are presented regarding the civil liability of State by omission, analyzing its assumptions and main divergences concerning the subject. In the second part, the study focuses specifically on the issue of civil liability of Legislator State by omission. Initially, notions regarding the legislative function and the historical evolution of the institute are presented and, after, it is indicated the concept of legislative agent. Furthermore, it is approached the definition of unconstitutional legislative omission, highlighting the moment it is characterized, as well as exposing classification about the possibilities of omission. Then, the direct action of unconstitutionality by omission and the writ of injunction are exemplified as instruments introduced in the legal order to solve the omission, recognizing the default by the lack of law. Therefore, it aims to conclude if the Legislator State's inertia causes the duty to indemnify, considering the provisions of the section 37 (.6) of the Brazilian Federal Constitution 1988, which settles State's strict liability for actions and omissions practiced by its agents. In the end, this paper exam a case about the legislative default derived from the absence of formulation of the law commanded by section 37(X) of the Federal Constitution.

**Keywords:** Civil liability of Legislator State. Unconstitutionality by legislative omission. Direct action of unconstitutionality by omission. Writ of Injunction. Legislative default.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>PRIMEIRA PARTE: A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) .....</b>	<b>11</b>
2.1 DEFINIÇÃO.....	11
2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.2.1 Ação ou omissão imputável ao Estado.....	14
2.2.2 Danos causados a terceiros .....	15
2.2.3 Nexo causal.....	17
2.2.4 Qualidade do agente .....	19
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>21</b>
3.1 CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA? .....	21
3.2 OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA .....	23
3.3 A CONDUTA OMISSIVA E O ESTADO ENQUANTO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
<b>SEGUNDA PARTE: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR</b>	<b>28</b>
<b>4 A FUNÇÃO LEGISLATIVA .....</b>	<b>28</b>
<b>5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR .....</b>	<b>30</b>
<b>6 O AGENTE LEGISLATIVO .....</b>	<b>32</b>
<b>7 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....</b>	<b>35</b>
7.1 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL .....	36
7.2 MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL .....	48
7.3 CLASSIFICAÇÃO DA OMISSÃO .....	51
7.3.1 Omissão total e omissão parcial .....	51

7.3.2 Omissão formal e omissão material .....	53
7.3.3 Omissão absoluta e omissão relativa.....	54
7.3.4 Infração omissiva própria e infração omissiva imprópria .....	55
7.4 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO .....	55
7.4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	58
7.4.2 Mandado de Injunção .....	63
8 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA .	70
9 ANÁLISE DE CASO: O ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI N. 10.331/2001 .....	79
10 CONCLUSÕES.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	91

## 1 INTRODUÇÃO

No estágio atual do direito brasileiro, não mais se discute a possibilidade de o Estado ver-se obrigado a indenizar. Todavia, nem sempre foi assim. A evolução do instituto da responsabilidade extracontratual da Administração Pública decorreu de um longo processo de reformulações em conceitos de direito, influenciado sobretudo pelas transformações e avanços promovidos na sociedade especialmente ao longo dos últimos dois séculos. Com isso, permitiu-se que, partindo-se da total irresponsabilidade do Estado, este pudesse vir a ser responsabilizado à luz de princípios e regras de direito público, chegando-se ao estágio atual de evolução, que se fundamenta, no direito brasileiro, nas ideias de risco e de responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Contudo, ainda hoje, a despeito da nítida evolução do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado, questiona-se se este – à semelhança do que ocorre relativamente aos atos comissivos e omissivos praticados pelos seus agentes na função de administração –, deveria ser responsabilizado por sua atividade legiferante. O tema, em especial no que pertine à omissão legislativa, ainda permanece, doutrinária e jurisprudencialmente, extremamente nebuloso. E é esse justamente o objeto central deste trabalho.

É de se destacar, inicialmente, que a temática relativa à responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa vincula-se inequivocamente com o tema da inconstitucionalidade por omissão, que, por sua vez, associa-se ao perfil programático e dirigente da Constituição Federal de 1988 (CF),<sup>1</sup> que vincula todos os poderes estatuidos do Estado, inclusive o Poder Legislativo.

Por conseguinte, neste estudo, primeiramente, propõe-se averiguar se o legislador, à vista desse sistema constitucional – que atribui ao Estado um caráter de ente protetor dos cidadãos –, na condição de agente político, deteria um dever de emanar leis, na medida em que presentes no ordenamento jurídico inúmeras normas constitucionais não autoaplicáveis, as quais dependem de integração normativa posterior, para que atinjam propriamente os efeitos visados pelo constituinte.

Dessa maneira, posteriormente, pretende-se indagar se, na hipótese de inatividade do agente legislativo na elaboração de normas constitucionais desprovidas de aplicabilidade imediata – isto é, normas que exigem obrigatoriamente atividade ulterior do Poder Público para que possam produzir todos os efeitos pretendidos pelo constituinte –, é possível que exsurja o

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 ago. 2018.



dever de indenizar do Estado em face de danos eventualmente decorrentes da omissão legislativa inconstitucional.

Para tal desiderato, o desenvolvimento do presente estudo será dividido em duas partes.

A primeira delas tem por fim destacar as questões e controvérsias mais elementares atinentes à responsabilidade civil do Estado por omissão. A segunda, por outro lado, objetiva analisar de maneira específica a existência (ou não) do dever de indenizar do Estado pela omissão legislativa. E, para tanto, neste estudo, utilizou-se o método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Assim, inicialmente, far-se-á um breve estudo da responsabilidade extracontratual do Estado pela prática de condutas omissivas. Para tanto, no segundo capítulo deste trabalho, será exposta a definição da responsabilidade civil do Estado, salientando-se, nesse contexto, a teoria do risco administrativo, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. Na sequência, também no segundo capítulo, serão sucintamente abordados os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, quais sejam, (1) ação ou omissão imputável ao Estado; (2) danos causados a terceiros; (3) presença do nexo de causalidade; e (4) qualidade de agente público.

Posteriormente, o terceiro capítulo ocupa-se da análise específica da responsabilidade civil do Estado por omissão, destacando-se, no particular, a presença de dissenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da temática, mormente no que se refere à teoria adotada para tanto. Assim, no capítulo em questão, objetiva-se salientar que, principalmente no âmbito jurisprudencial, a controvérsia suscitada reside no fato de que parte dos juristas opta por dividir as omissões em genéricas e específicas, visando a determinar se, no caso concreto, a responsabilidade será subjetiva (omissões genéricas) ou objetiva (omissões específicas), isto é, se na hipótese posta a julgamento, faz-se necessária perquirição de culpa ou dolo para que se reconheça o dever de indenizar do Poder Público.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, analisar-se-á o vínculo existente entre o tema da responsabilidade do Estado por omissão com o progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais, demonstrando-se, nesse contexto, o motivo pelo qual o Estado deve também ser responsabilizado pela prática de condutas omissivas – optando-se, ademais, pela adoção da teoria objetivista da responsabilidade estatal –, à luz dos preceitos contemplados pela Constituição Federal de 1988, e da condição do Estado de garantidor daqueles direitos, o que pressupõe também sua implementação.

De outra parte, a segunda parte deste trabalho, como referido, concentrará esforços específicos no tema da responsabilidade do Estado Legislador pela prática de atos omissivos de

seus agentes. Para tal finalidade, faz-se necessário, inicialmente, expor breves apontamentos concernentes à função legislativa (o que será abordado no quarto capítulo), para, na sequência, destacar os principais marcos evolutivos reconhecidos até então sobre a questão (quinto capítulo). No particular, é de se ressaltar que, a despeito da matéria não se afigurar como sendo de concordância pacífica – doutrinária ou jurisprudencialmente –, tem-se direcionado no sentido afirmativo, passando-se, portanto, a se cogitar da responsabilização estatal diante de circunstâncias especiais, a serem analisadas oportunamente.

Na sequência, o sexto capítulo visa a analisar o conceito de “agente legislativo” e a eventual relevância da definição, à luz de normas consubstanciadas no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, serão abordadas sucintamente as principais teorias que procuram explicar a natureza jurídica da relação de tais agentes públicos com o povo e o Estado.

Após, no sétimo capítulo, adentrar-se-á no tema relativo à inconstitucionalidade por omissão, salientando-se os principais desafios da doutrina e jurisprudência sobre o assunto, bem como analisando-se conceitos mais básicos relativos à temática. No ponto, será efetuada uma abordagem a respeito de qual omissão, para fins da matéria, é considerada juridicamente relevante, averiguando-se, em especial, seus elementos e o momento em que resulta caracterizada a mora legislativa. Posteriormente, será realizada uma análise da classificação da omissão legislativa e, ao final, abordados os instrumentos introduzidos no sistema jurídico para sanção do problema da omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI).

Finalmente, no oitavo capítulo, será apresentado em específico o tema da responsabilidade civil do Estado Legislador por suas condutas omissivas, finalidade última deste trabalho. E, para uma melhor compreensão a respeito da temática, no nono capítulo, será examinado um breve estudo de caso e, para tal propósito, optou-se pela análise do Recurso Extraordinário n. 424.584/MG,<sup>2</sup> em que se discutiu o dever de reparar do Estado em face da ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal de 1988.<sup>3</sup>

Ao final, serão apresentadas as principais conclusões da pesquisa.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 424.584/MG**. Recorrentes: Dionizio Pereira da Silva Filho e outro(s). Recorridos: União e outra. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17.11.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610629>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>3</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37, X. A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

## **PRIMEIRA PARTE: A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO**

Na primeira parte deste trabalho, serão analisados conceitos básicos pertinentes ao estudo da responsabilidade civil do Estado por omissão.

Nesse sentido, primeiramente, será examinado o regime de responsabilização estatal a que alude o §6º do art. 37, da Constituição Federal de 1988, verificando-se a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio para tal finalidade. Após, realizar-se-á uma abordagem acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, fazendo-se, na sequência, uma análise específica a respeito da responsabilidade civil do Estado por omissão, considerando a teoria acolhida pelo direito brasileiro para as condutas omissivas (mencionando, para tanto, as principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema). E, ao final, demonstrar-se-á o motivo pelo qual a questão em estudo guarda relação com o reconhecimento do Estado enquanto garantidor de direitos fundamentais.

## **2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)**

### **2.1 DEFINIÇÃO**

De início, é importante referir que, no presente estudo, o vocábulo “Estado” não será discriminado em relação à expressão “Administração Pública”, não obstante parte da doutrina sustente haver diferença entre tais terminologias, ora empregando a primeira,<sup>4</sup> ora a segunda.<sup>5</sup>

O regime de responsabilização estatal, na ordem jurídica brasileira, é esculpido no artigo 37, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê, de um lado, a

---

<sup>4</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta ser o termo “Estado” mais apropriado pois considera as três funções do poder estatal, quais sejam, (a) administrativa, (b) jurisdicional e (c) legislativa. Salienta que a expressão “Administração Pública” – para a autora, como referido, incorretamente utilizada –, é comumente empregada porquanto, na maior parte dos casos, a responsabilidade decorre efetivamente de atos da Administração Pública, incidindo somente de modo excepcional no que tange à atividade do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Assevera, dessa maneira, que a capacidade não é da Administração, considerando que esta não possui personalidade jurídica própria, e sim do Estado, que é titular de direitos e obrigações no plano da responsabilidade civil. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 815).

<sup>5</sup> Hely Lopes Meirelles justamente utiliza a expressão “Administração Pública” por considerar que, normalmente, a responsabilidade resulta de seus comportamentos, e não de atos políticos, os quais, para o jurista, em princípio, não geram o dever de indenizar. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 724).

responsabilidade objetiva da Administração, na modalidade do risco administrativo,<sup>6 e 7</sup> e, de outro, a responsabilidade subjetiva do agente público causador do dano perante a própria Administração.<sup>8</sup> O referido dispositivo assim preconiza:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Vê-se, dessa forma, existir uma duplicidade de relações jurídicas no contexto da responsabilidade estatal. A primeira diz respeito à eventual ação indenizatória proposta pelo particular lesado em face do Estado, considerando-se a responsabilidade deste como sendo objetiva; e a segunda referente à ação de regresso proposta pelo Estado em face de seu agente, sendo que, neste caso, a responsabilidade é tida como subjetiva – isto é, para que o Estado obtenha o direito de regresso, é imprescindível comprovação de culpa ou dolo do agente na ocorrência da lesão que o Estado se viu obrigado a ressarcir.<sup>9</sup>

No presente trabalho, contudo, a relação jurídica que decorre da ação de regresso proposta pelo ente estatal não será tema abordado, restringindo-se o estudo à questão relativa à responsabilidade do Estado perante o particular lesado.

---

<sup>6</sup> Hely Lopes Meirelles, nesse contexto, salienta que o “§6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 729). Sergio Cavalieri Filho, igualmente, explica, referindo-se ao §6º do art. 37, que “o exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A expressão seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo objetivamente.” (FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 290-291).

<sup>7</sup> Pela teoria do risco administrativo, basta ao particular demonstrar a presença do nexo de causalidade entre a conduta estatal comissiva ou omissiva e o resultado danoso, não se indagando da falta do serviço, tampouco da culpa dos agentes do Estado. Tal teoria, não obstante dispense a prova da culpa da Administração, admite excludentes da responsabilidade, que rompem com o nexo causal. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 726).

<sup>8</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 436.

<sup>9</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 436-438.

Assim, pode-se definir a responsabilidade civil do Estado como sendo o dever das pessoas jurídicas de direito público<sup>10</sup> ou de direito privado prestadoras de serviço público<sup>11</sup> de reparar os prejuízos – morais ou materiais – que, por ação ou omissão de seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independentemente da análise da presença de elemento subjetivo na conduta do agente, ou da licitude ou ilicitude do comportamento lesivo.<sup>12</sup>

Ressalte-se, por oportuno, que, a depender da espécie de conduta imputável à Administração Pública, parte da doutrina considera que a responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva. A controvérsia, todavia, diz respeito às condutas omissivas do Estado, tema que será melhor abordado no terceiro capítulo deste trabalho, que trata especificamente acerca da responsabilidade extracontratual do Estado por omissão.<sup>13</sup>

## 2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Várias são as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto aos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado. Dessa forma, para fins deste estudo, serão expostos somente breves apontamentos a seu respeito, tendo em vista não serem o objeto principal do trabalho.

De maneira geral, e considerando, como regra, o objetivo o regime de responsabilização da Administração Pública, elencam-se quatro pressupostos como necessários para que se configure o dever de indenizar: (a) ação ou omissão imputável ao Estado; (b) danos a terceiros; (c) nexo de causalidade; e (d) qualidade do agente.

---

<sup>10</sup> As pessoas jurídicas de direito público podem ser extraídas do art. 41, do Código Civil: União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, Autarquias e entidades de caráter público criadas por lei. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 9 ago. 2018).

<sup>11</sup> Quais sejam, as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

<sup>12</sup> A propósito, sustenta Medauar: “Deixam-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 433-434).

<sup>13</sup> Há autores que sustentam ser objetiva a responsabilidade do Estado por omissão, como Almiro do Couto e Silva, Weida Zancaner, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Odete Medauar, Yussef Said Cahali, Pedro Lessa, Guilherme Couto de Castro etc., e outros que afirmam sê-la subjetiva, na modalidade da teoria da falta do serviço, como Hely Lopes Meirelles, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Lucia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Rui Stocco etc.

### 2.2.1 Ação ou omissão imputável ao Estado

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil do Estado é a existência de determinada conduta,<sup>14</sup> que pode consistir em ato comissivo ou omissivo. Quanto a isso, entende-se desnecessária perquirição acerca da licitude ou ilicitude do comportamento lesivo, admitindo-se, portanto, eventual responsabilização estatal pela prática de atos lícitos.<sup>15</sup>

Diante disso, de maneira geral, afirma-se que os pressupostos da responsabilidade civil não guardam relação com a (i)licitude do ato comissivo ou omissivo danoso, pois o que interessa, em realidade, é a existência de lesão a um particular que seja imputável ao Estado. Todavia, no que diz respeito às condutas omissivas, o entendimento doutrinário é no sentido de que o ato estatal sempre será ilícito, caracterizado pela inobservância de um dever legal de agir.<sup>16</sup>

Daí por que, no ponto, considera-se o princípio da legalidade como fundamento do dever de indenizar do Estado pelas condutas comissivas e omissivas ilícitas, acrescentando-se, ainda, relativamente aos atos comissivos, também o princípio da igualdade como fundamento. Os atos lícitos, por outro lado, bem assim aqueles cujos danos são ligados por situação de risco criada pela própria Administração Pública, fundamentam-se, à semelhança dos ilícitos comissivos, no princípio da igualdade, pois visam a uma equânime repartição dos ônus que decorrem dos atos ou efeitos lesivos praticados pelo Estado,<sup>17</sup> o que, por sua vez, diz com o princípio da solidariedade social.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Sergio Cavalieri Filho explica que conduta consiste no “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.” (FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38).

<sup>15</sup> Marçal Justen Filho, todavia, salienta que “é necessária grande cautela quanto à defesa da possibilidade de responsabilização civil do Estado por atos lícitos. Adota-se o entendimento de que, ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica.” (FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1202).

<sup>16</sup> O ponto, por se tratar de questão atinente à responsabilidade civil do Estado por omissão, será melhor abordado no terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1023.

<sup>18</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 208.

### 2.2.2 Danos causados a terceiros

Tanto no âmbito da responsabilidade civil contratual, quanto extracontratual, a existência de dano, material ou moral, é imprescindível para que exsurja o dever de reparar.<sup>19</sup>

O dano, normalmente, repercute na esfera patrimonial do terceiro lesado, pelo que a compensação, de modo geral, destina-se às perdas e danos materiais, sobretudo mediante pagamento do valor correspondente, embora se cogite de, em certos casos, determinar-se ao Estado eventual obrigação de fazer.<sup>20</sup> Todavia, também pode o dano ser moral ou extrapatrimonial, considerado como sendo aquele que acarreta lesão a direitos da personalidade, como o direito à vida, à saúde, à honra e à intimidade.<sup>21 e 22</sup>

É importante referir, contudo, que, para fins de reparação estatal, a lesão deve ser certa (não eventual), e não basta a mera existência de dano patrimonial ou moral imputável à Administração. É indispensável a presença de dano jurídico, isto é, de violação a bem jurídico protegido pela ordem normativa.<sup>23</sup> A lesão juridicamente injusta corresponde, dessa maneira, a uma afronta a determinado direito, ou, pelo menos, interesse legítimo.<sup>24</sup>

Saliente-se, todavia, que além de certos e incidentes sobre determinado direito, os danos decorrentes de atos lícitos que ensejam responsabilização devem apresentar, ainda, outros dois requisitos.<sup>25</sup> A lesão deve, igualmente, ser, injusta, isto é, anormal e excepcional,<sup>26</sup> e não um prejuízo genérico, visto que “os pequenos sacrifícios, oneradores de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem

<sup>19</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 119.

<sup>20</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1188.

<sup>21</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

<sup>22</sup> Carlos Alberto Bittar, nesse contexto, salienta que “Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal, na autoestima), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social, na estima social).” (BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45).

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1037.

<sup>24</sup> A propósito, ensina Juarez Freitas que “o dano juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual ou transindividual) caracteriza-se por ser: (i) certo, (ii) especial (não-eventual), ainda que reflexo e (iii) discrepante dos parâmetros do normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional.” (FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197. p. 178).

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1039.

<sup>26</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 69.

proporcionadas pela atuação da máquina estatal”.<sup>27</sup> e <sup>28</sup> E é esse justamente o motivo pelo qual se afirma que, no que diz respeito aos atos lícitos, o dever de indenizar do Estado impõe-se em virtude do princípio da igualdade.<sup>29</sup>

Por conta disso, pode-se concluir que, no âmbito da reparação civil do Estado, os danos ressarcíveis são os decorrentes de atos ilícitos, bem assim os decorrentes de atos lícitos anormais, específicos e excepcionais. Entende-se, nesse contexto, que mesmo os atos lícitos podem ser considerados antijurídicos, desde que apresentem as características da anormalidade e da especialidade.<sup>30</sup> e <sup>31</sup>

Por fim, para que surja o dever de indenizar do Estado, o dano causado deve ser sofrido por um terceiro, seja ele pessoa física (integrante ou não da Administração), seja pessoa jurídica (privada ou pública).<sup>32</sup> Todavia, é importante referir que, quanto às empresas estatais prestadoras de serviço público, não obstante julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) em sentido diverso,<sup>33</sup> a responsabilidade objetiva a que alude o §6º do art. 37 da CF não se destina somente ao usuário do serviço que venha a ser lesado, mas a qualquer indivíduo, usuário ou não, que venha a sofrer danos em virtude do serviço público, entendimento que mais se coaduna com a ideia de risco, ínsita à atividade estatal, bem assim com o princípio da repartição dos encargos sociais.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 272.

<sup>28</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta, no ponto, que “A vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1039).

<sup>29</sup> Veja-se: capítulo 2.2.1 deste trabalho.

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 823.

<sup>31</sup> Weida Zancaner Brunini, nesse sentido, indaga: “como o lícito pode ser antijurídico? Cabe dizer que o dano anormal e especial configura uma situação de injustiça, o que o torna, por si só, antijurídico, pois, mais uma vez reiteramos, a antijuridicidade é espécie de que o injusto é o gênero.” (BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 67).

<sup>32</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1188.

<sup>33</sup> Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 262.651/SP**. Recorrente: Auto Viação Urubupungá Ltda. Recorrido: Elias Farah. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>>. Acesso em: 10 ago. 2018. Nesse julgado, o STF entendeu que a responsabilidade objetiva do Estado somente se aplicaria aos casos em que o terceiro fosse usuário, não se estendendo, portanto, ao terceiro não usuário. A este aplicar-se-ia, nos termos daquele precedente, a responsabilidade subjetiva. Em julgado mais recente, entretanto, a Corte destacou que a responsabilidade objetiva também se aplicaria ao terceiro não usuário: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591.874/MS**. Recorrente: Viação São Francisco Ltda. Recorridos: Justa Servin Franco e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>. Acesso em: 16 dez. 2018.

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 823.



### 2.2.3 Nexo causal

Para que surja o dever de indenizar, revela-se também necessária a existência de liame causal entre a conduta comissiva ou omissiva do Estado e o dano, o que consiste no chamado nexos de causalidade. Independentemente da teoria adotada para fins de responsabilização estatal (se a teoria do risco administrativo ou a teoria do risco integral, por exemplo), a presença do nexos causal demonstra-se imprescindível,<sup>35</sup> o qual possui basicamente as funções de (a) determinar a quem o resultado danoso deve ser imputado; e (b) fixar os parâmetros da indenização, servindo, nesse contexto, como medida para fins de verificação da extensão do dano.<sup>36</sup>

A indagação acerca do nexos é objeto de grande debate doutrinário e jurisprudencial, não somente no plano da responsabilidade extracontratual do Estado, mas também no plano da responsabilidade extracontratual em geral, pois ausente definição legal a respeito do assunto.<sup>37</sup> Entende-se, contudo, que, em regra, a teoria acolhida pelos tribunais superiores brasileiros para definir a relação de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também chamada de teoria da interrupção do nexos causal,<sup>38</sup> que sustenta que o nexos causal encontra-se presente quando o

<sup>35</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 74.

<sup>36</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

<sup>37</sup> Sobre o tema, Felipe Peixoto Braga Netto refere que “legislativamente, a questão está mal posta. A norma invocada para solucionar questões vinculadas ao nexos causal é o art. 403 do Código Civil: ‘Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual’. Não se sabe bem por que o legislador tratou tão mal um tema tão importante. Antes de tudo, a norma só se refere a devedor. Isto é, só cuida, ou pelo menos só quis cuidar, da chamada responsabilidade contratual (está, ademais, no título referente ao inadimplemento das obrigações). Além disso, só alude ao dano material (perdas e danos). Não faz referência ao dano extrapatrimonial.” (NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 199).

<sup>38</sup> Confira-se, nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 130.764/PR**. Recorrentes: Ministério Público e Estado do Paraná. Recorrido: H. Kaminski & Cia Ltda e outros. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 mai. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 10 ago. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no agravo em Recurso Extraordinário 1.130.542/DF**. Agravantes: Antonio Fernando Guimaraes Teixeira Filho e outros. Agravados: Distrito Federal, Maysa Fernanda Reis Guimaraes Medeiros, Giovanna Reis Guimarães Teixeira, Andressa Reis Guimarães Teixeira. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 mai. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+1130542%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yc3ablw2>>. Acesso em: 10 ago. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no agravo em Recurso Extraordinário 667.117/AL**. Agravantes: Maria de Lourdes Soares da Silva e outros. Agravados: Sandra Gomes dos Santos, Estado do Alagoas e Cláudio Pedro da Silva. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 22 out. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+667117%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9lrocux>>. Acesso

dano for efeito necessário do curso causal, cuja interrupção acarreta a irresponsabilidade do ente público.<sup>39 e 40</sup>

Não obstante considerado indispensável para configuração do dever de indenizar, admite-se, por vezes, a chamada “flexibilização do nexo de causalidade”, com o intento de se permitir ao lesado a observância do princípio da reparação integral.<sup>41</sup> Isso se dá especialmente em virtude do surgimento de uma nova realidade social, baseada na ideia de risco e na preponderância de princípios como o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Assim, em certos casos, não mais se exige da vítima a prova inequívoca do liame causal, que pode, eventualmente, vir a ser presumido, sendo esse “o grande problema do nexo causal na atualidade”.<sup>42</sup> Tal flexibilização, todavia, não advém somente da jurisprudência, mas também

---

em: 10 ago. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.307.032/PR**. Recorrente: Hospital e Maternidade Angelina Caron Ltda. Recorridos: Jandira Gabardo Viskiski e outro. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 18 jun 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102701418&dt\\_publicacao=01/08/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102701418&dt_publicacao=01/08/2013)>. Acesso em: 10 ago. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.198.829/MS**. Recorrente: Betty Alves Corrêa. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 05 out. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001152856&dt\\_publicacao=25/11/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001152856&dt_publicacao=25/11/2010)>. Acesso em: 10 ago. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 719.738/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Ana Maria Bresolin. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 16 set. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500121767&dt\\_publicacao=22/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500121767&dt_publicacao=22/09/2008)>. Acesso em: 10 ago. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 858.511/DF**. Recorrente: Denildo Pereira da Silva e outro. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Relator para Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 19 out. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601212459&dt\\_publicacao=15/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601212459&dt_publicacao=15/09/2008)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>39</sup> Agostinho Alvim salienta, entretanto, que “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 370). Sergio Cavalieri Filho, no mesmo sentido, destaca que “os danos indiretos ou remotos podem ser passíveis de ressarcimento desde que sejam consequência da conduta; só não são indenizáveis quando deixam de ser efeito necessário pelo aparecimento de causa superveniente (concausa) que por si só produz o resultado. Com frequência, a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera concausa.” (FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 69).

<sup>40</sup> Importante observar que, segundo Di Pietro, “esse entendimento, que vinha sendo adotado reiteradamente, parece estar se alterando, no sentido de aceitar um alargamento da responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 829).

<sup>41</sup> Referindo-se ao princípio da reparação integral, Cavalieri salienta tratar-se do “principal objetivo de todos os sistemas jurídicos para se chegar à mais completa reparação dos danos pela vítima”, porquanto “restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito constitui uma exigência da justiça comutativa (ou corretiva), sob pena de não se realizar a função primordial da responsabilidade civil” (FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27).

<sup>42</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 16-18.

da lei, por razões de escolha legislativa,<sup>43</sup> situação que, por sua vez, remete ao estudo da teoria do risco integral.<sup>44</sup>

Embora não seja o foco deste trabalho, deve-se ressaltar que o nexo de causalidade pode ser rompido pelas chamadas causas excludentes da responsabilidade, as quais consistem nas hipóteses de força maior,<sup>45</sup> culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiros. A culpa concorrente, por sua vez, aparece como sendo causa atenuante da responsabilidade estatal.<sup>46</sup>

## 2.2.4 Qualidade do agente

O último pressuposto necessário para que surja o dever de indenizar do Estado diz respeito ao fato de o dano produzido poder ser atribuído à conduta de um agente da pessoa jurídica pública ou privada prestadora de serviço público, que, nessa condição, pratique a ação ou omissão lesiva a terceiro.

Deve-se salientar que o vocábulo “agente”, extraído do dispositivo constitucional, tem sentido amplo, pois abrange agentes políticos, administrativos (independentemente se

---

<sup>43</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 210.

<sup>44</sup> Conforme referido anteriormente, o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo para aferição da responsabilidade estatal. Essa teoria, assim como a chamada teoria do risco integral, consistem em espécies da teoria do risco. Ambas as modalidades situam-se no âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, diferenciando-se no que tange à exigência do nexo de causalidade, que, na primeira, demonstra-se imprescindível, enquanto que na segunda não (nesse sentido, confira-se: MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 207). No contexto, é importante salientar que a questão em exame apresenta inúmeras controvérsias, razão pela qual será o tema pouco abordado neste trabalho. No entanto, no particular, cabe destacar que a teoria do risco integral não é de aceitação uníssona no direito brasileiro, não obstante tenha o Código Civil brasileiro (art. 927, parágrafo único) recepcionado a teoria da responsabilidade objetiva para os casos previstos em lei, admitindo-se a tese do risco integral, por exemplo, para as hipóteses de danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da CRFB/88) e de acidentes aéreos decorrentes de atos de terrorismo (Lei n. 10.744/03). O problema da diferenciação entre tais modalidades da teoria do risco dá-se em virtude de alguns doutrinadores afirmarem que, mesmo adeptos da teoria do risco integral entendem pela possibilidade de se excluir ou atenuar a responsabilidade da Administração em determinados casos, de modo que a distinção trata-se, em realidade, de mera questão semântica (veja-se, por oportuno: BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 59).

<sup>45</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que o caso fortuito, diferentemente da força maior, não constituiria excludente da responsabilidade do Estado (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 825); todavia, a doutrina, em geral, ou não realiza sequer diferenciação entre os dois institutos (nesse sentido: José de Aguiar Dias, Marçal Justen Filho e Guilherme Couto de Castro), ou diferencia o fortuito interno do fortuito externo – este afastaria o dever de indenizar, enquanto que naquele o dever de indenizar subsistiria (nesse sentido: Sergio Cavalieri Filho).

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 824.

estatutários ou celetistas), bem assim particulares em colaboração com a Administração Pública, como é o caso dos mesários, terceirizados e estagiários.<sup>47 e 48</sup>

Além disso, a responsabilidade da Administração permanece ainda que tenha o agente praticado a conduta com abuso de poder, atuando fora ou para além das competências que lhe foram atribuídas. Esse entendimento se fundamenta justamente na ideia da responsabilidade civil objetiva estatal, no sentido de que a pessoa pública (ou privada prestadora de serviço público) responde pelas ações ou omissões de seus próprios agentes, independentemente de indagação acerca de eventual culpa ou dolo por parte destes.<sup>49</sup>

Importa, nesse sentido, que o agente – ainda que não agindo no exercício de suas funções – haja praticado o ato ou omissão em virtude de ocupar cargo ou função pública, incorrendo em ato antijurídico pelo simples fato de ostentar a condição de agente público. Dessa maneira, “haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro”.<sup>50</sup>

Ademais, a responsabilização do Estado é cabível mesmo em caso de condutas praticadas por funcionários de fato, isto é, não pertencentes ao quadro funcional, porém, quando do evento danoso, aparentavam estar na função pública.<sup>51 e 52</sup> Assim, não obstante a investidura do agente tenha se dado de modo irregular, a situação, perante o terceiro, detém aparência de legalidade, de modo que os atos praticados pelo funcionário em questão consideram-se válidos, se não forem viciados por outra razão, “em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos”.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 88.

<sup>48</sup> José de Aguiar Dias, antes mesmo da CRFB/88 – que substituiu a expressão “funcionários públicos” por “agentes públicos” –, sustentava que “a definição de ‘funcionário’ deve ser a mais ampla possível, a fim de abranger todos aqueles, qualquer que seja a forma de sua escolha e quaisquer que sejam as suas funções, colaborem na gestão da coisa pública” (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 662).

<sup>49</sup> Nesse sentido, refere Hely Lopes Meirelles que “Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 731).

<sup>50</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 292.

<sup>51</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 113.

<sup>52</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 296.

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 249.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.1 CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA?

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha reconhecido, em seu art. 37, §6º, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, a ausência de controvérsias quanto à aplicabilidade da tese objetivista cinge-se às ações estatais. Relativamente às condutas omissivas, doutrina e jurisprudência apresentam diferentes posicionamentos, ora entendendo pela responsabilidade subjetiva do Estado, ora entendendo pela responsabilidade objetiva, à semelhança dos atos comissivos.

Há quem sustente<sup>54</sup> que, quanto às condutas omissivas do Estado, este responderia objetivamente, isto é, sem indagação a respeito de culpa ou dolo na conduta do agente. Argumentam tais autores que, para o lesado, demonstrar a presença de elemento subjetivo seria praticamente impossível, inviabilizando, por conseguinte, o devido ressarcimento, motivo por que se falar também nesses casos em responsabilidade objetiva. Em tais hipóteses, o terceiro lesado deveria demonstrar somente a presença do nexo causal entre o ato omissivo e o prejuízo obtido,<sup>55</sup> colocando-se em relevo não a falha no comportamento, mas o dano.<sup>56</sup> Em inúmeros julgados, os tribunais superiores apresentaram, de modo explícito, tal posicionamento.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Nesse sentido: Almiro do Couto e Silva, Weida Zancaner, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Odete Medauar, Yussef Said Cahali, Pedro Lessa, Guilherme Couto de Castro etc.

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 827.

<sup>56</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 31.

<sup>57</sup> Confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1.099.799**. Agravantes: Alceu Rodrigues e Maria Aparecida da Silva Rodrigues. Agravados: Departamento de Estradas de Rodagens do Estado de São Paulo (DER/SP). Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 11 mai. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14880348>>. Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 868.610/PB**. Agravante: Estado da Paraíba. Agravada: Odete da Silva. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 mai. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831973>>. Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 663.647/PR**. Agravante: Estado do Paraná. Agravados: Eliane Teresinha Squine Martins e outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 14 fev. 2012. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1795171>>. Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 283.989/PR**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Luiz Caldato S/A Indústria de Madeiras. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259914>>. Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 238.453/SC**. Recorrente: Município de Concórdia. Recorrida: Shirlei Tecchio Chiamenti. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 nov. 2002. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256132>>. Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 986.208/MT**. Agravante:

Por outro lado, há quem afirme<sup>58</sup> que, diferentemente dos atos comissivos, não se poderia imputar ao Estado responsabilidade objetiva por condutas omissivas. Aplicar-se-ia, em tais casos, a teoria da responsabilidade subjetiva da Administração Pública, na modalidade da falta do serviço ou da culpa anônima, que incide quando o serviço público não funciona quando deveria, funciona mal ou funciona tardiamente.<sup>59</sup> A corrente subjetivista refere que, no caso da omissão estatal, deve existir um dever legal de agir, bem como possibilidade para tanto, razão pela qual a conduta do Estado deve ser deste não só exigível, mas também viável, o que se fundamenta no princípio da reserva do possível, que, por sua vez, diz com o princípio da razoabilidade.<sup>60</sup>

Justamente por esse motivo, refere-se que a omissão, diferentemente dos atos comissivos, deve ser necessariamente ilícita,<sup>61</sup> porquanto, para fins de responsabilidade estatal, só se configura em sendo esperado do Estado determinado comportamento com vistas a evitar um dano em específico, não se lhe podendo impor o encargo de suportar as consequências de certa lesão acaso não estivesse obrigado a impedi-la.<sup>62</sup> Nesse sentido, no que tange à omissão, só há relevância jurídica em tendo o omitente um dever jurídico de agir, o que pode decorrer da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta do próprio omitente, que, com seu comportamento, cria situação especial de perigo, razão pela qual possui dever de impedi-lo.<sup>63</sup> Na jurisprudência, igualmente, é possível encontrar diversos acórdãos sustentando a aplicabilidade da tese subjetivista para os casos de omissão estatal,<sup>64</sup> o que demonstra a evidente controvérsia quanto ao problema em análise.

---

Estado do Mato Grosso. Agravados: Antônio Sales de Assis e outro. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702882421&dt\\_publicacao=12/05/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702882421&dt_publicacao=12/05/2008)>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>58</sup> Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Lucia Valle Figueiredo, Rui Stocco etc.

<sup>59</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 317.

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 828.

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 828.

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1029.

<sup>63</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 76.

<sup>64</sup> Confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 382.054/RJ**. Recorrente: Jorge Luiz dos Santos. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 03 ago. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261654>>. Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.279.106/RJ**. Agravante: União. Agravado: Janaína Paulino de Paz e outros. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 22 ago. 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102209941&dt\\_publicacao=31/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102209941&dt_publicacao=31/08/2017)>. Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 243.494/PR**. Agravante: Afonso Gribeler. Agravada: União. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 05 fev. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202178726&dt\\_publicacao=19/02/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202178726&dt_publicacao=19/02/2013)>.

### 3.2 OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA

Tema que vem sendo objeto de intenso debate, principalmente no âmbito jurisprudencial, diz respeito à diferenciação entre omissão genérica e omissão específica, o que implicaria o acolhimento de distintas teorias da responsabilidade. Trata-se de entendimento intermediário, pois considera a espécie de omissão imputável ao Estado para determinar, caso a caso, se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva.

Nesse contexto, conceitua-se a omissão genérica como a simples inobservância por parte do Estado de um dever de evitar determinado resultado (por exemplo, o que decorre do poder de polícia), de modo que o Estado dá causa ao resultado lesivo ao concorrer com sua omissão. Nesses casos, referindo-se a um dever meramente genérico de evitar um resultado, responde a Administração nos moldes adotados pela tese subjetivista, que emerge, como visto, quando a inércia estatal concorra para o evento danoso.<sup>65</sup> A ideia é de que o Estado não se afigura como um segurador universal, razão pela qual incabível que respondesse por quaisquer omissões que, porventura, acarretassem determinado prejuízo a terceiros.<sup>66</sup>

A omissão específica, por sua vez, refere-se a um dever especial de agir, consistente nos casos em que o Estado se encontra em posição de garante ou guardião de determinado bem jurídico protegido e que venha a ser lesado por sua omissão. Entende-se que, em tais hipóteses, não obstante esteja o Estado obrigado a impedir a ocorrência do evento, sua inação cria situação propícia para tanto (sendo deste, pois, a causa direta e imediata), de modo que, nessas situações, responde objetivamente pelos danos causados por sua omissão.<sup>67 e 68</sup> Nesse contexto, a omissão seria “a causa eficiente do dano, de maneira tão manifesta e irrecusável como se ele proviesse de um ato, realmente positivo, ilegal ou culposos, do representante do Estado, em relação às garantias da segurança individual e da propriedade”.<sup>69</sup>

---

Acesso em: 19 set. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.069.996/RS**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Carlos Alberto Andrade Peixoto. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 18 jun. 2009. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801422039&dt\\_publicacao=01/07/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801422039&dt_publicacao=01/07/2009)>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>65</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 298.

<sup>66</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 191.

<sup>67</sup> JÚNIOR, Aloísio Zimmer. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 300.

<sup>68</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 298.

<sup>69</sup> CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. t. I. p. 400.

Nessa perspectiva, afirma-se ser descabido considerar que a responsabilização do Estado em relação a todas as suas condutas omissivas deve ser aferida sob o ângulo subjetivo, uma vez que, havendo dever individualizado de agir – isto é, tratando-se de hipótese consistente em omissão específica –, o dever de indenizar surge pela mera observância do liame causal entre a conduta omissiva e o dano. Menciona-se, para tanto, ser imprescindível ter em conta o fundamento da existência da imputação sem falha, já que a reparabilidade, em relação aos atos ilícitos do ente público, justifica-se pela simples contrariedade à lei, ao passo que, quanto aos atos lícitos, justifica-se pela ideia da razoável repartição dos encargos sociais.<sup>70</sup>

Quanto a isso, a jurisprudência tem entendido que os casos, por exemplo, de morte de detento em penitenciária ou acidentes com alunos dentro de escolas públicas configuram omissão específica, pois há, nesses casos, um dever qualificado em agir, pelo que o Estado responderia objetivamente pelos danos dele decorrentes.<sup>71</sup>

### 3.3 A CONDUTA OMISSIVA E O ESTADO ENQUANTO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É importante salientar que o tema da responsabilidade do Estado por atos omissivos e a evidente controvérsia a seu respeito guardam relação, sobretudo, com o reconhecimento do Estado enquanto garantidor de direitos fundamentais. Isso porque, hoje, entende-se que o Estado não só deve abster-se de violar tais direitos, mas também deve agir para implementá-los e protegê-los.<sup>72</sup> Nesse sentido, Helena Elias Pinto refere que “a responsabilidade civil passa a

<sup>70</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 61-62.

<sup>71</sup> Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1.581.961/SP**. Agravante: Fundação de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação CASA) de São Paulo. Agravados: Rita de Cássia Vieira Anacleto e Maurício Anacleto. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 01 set. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502925473&dt\\_publicacao=14/09/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502925473&dt_publicacao=14/09/2016)>. Acesso em: 25 set. 2018; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70076886290**. Apelante: Renato Dunke Samuel. Apelados: Edineia Duncke, Deivis Robledo Samuel e Município de Constantina. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 12. Jul. 2018. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70076886290&code=9963&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%209.%20CAMARA%20CIVEL](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70076886290&code=9963&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%209.%20CAMARA%20CIVEL)>. Acesso em: 25 set. 2018; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70076922665**. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Wagner da Silva. Relatora: Des. Lusmary Fatima Turelly da Silva. Porto Alegre, 26 jun. 2018. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70076922665&code=8542&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%205.%20CAMARA%20CIVEL](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70076922665&code=8542&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%205.%20CAMARA%20CIVEL)>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>72</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 85-86.



ter um sentido instrumental, de tutela e garantia dos direitos fundamentais, e um propósito ético, de solidariedade e justiça social”.<sup>73</sup>

À vista disso, o Estado ora figura como inimigo dos direitos fundamentais, ora como seu defensor, uma vez que passou a ter um especial dever de agir na defesa de direitos ameaçados, protegendo-os de eventuais agressões perpetradas não só por particulares, mas pelo próprio Estado.<sup>74</sup> Daí por que em qualquer discussão a respeito da responsabilidade estatal deve-se considerar o progressivo reconhecimento de tais deveres de proteção, inclusive relativamente às condutas omissivas do Estado. Nesse sentido, saliente-se o entendimento de Juarez Freitas:

Pouco a pouco, avança a consciência – ativista da Constituição – de que, perante a omissão do Poder Público, o proporcional é reputar irrelevante a consideração sobre culpa ou dolo (exceto em relação ao agente), pois é inadiável conferir seriedade aos deveres negativos (defensivos) e positivos (prestacionais) do Estado, sem que os controles abdicuem dos seus papéis. No prisma proposto, o Estado sustentável ostenta, antes de mais, o dever de zelar pela aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, indenizável toda e qualquer omissão inconstitucional que afetar o âmago desses direitos, imotivadamente. A Constituição, rigorosamente compreendida, não admite a inércia injustificável, sob pena de responsabilização, inclusive pela falta das impostergáveis medidas preventivas.<sup>75</sup>

A questão relativa aos direitos fundamentais consiste certamente em um dos temas mais debatidos no século XXI, suscitando inúmeras controvérsias, desde no que concerne à sua evolução histórica, quanto no que concerne ao conceito da expressão “direitos fundamentais”. Por conta disso, a temática será pouco abordada, devendo-se apenas referir que, para fins deste estudo, o vocábulo “direitos fundamentais” será utilizado para fazer referência aos direitos (a) constantes do Título II da Constituição Federal (fundamentais por expressa opção constitucional); (b) decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal (desde que se vinculem ao princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder); e (c) previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

<sup>74</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Tradução de Eduardo Mendonça. In: SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165. pp. 160-162.

<sup>75</sup> FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 17.

<sup>76</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207.

A despeito dos diversos pontos de crítica atinentes à temática, como a ausência de uma real sistematização da matéria, bem como a falta de rigor científico e técnica legislativa adequada (mormente no que diz respeito à terminologia utilizada pelo constituinte), trata-se do melhor momento vivenciado pelo direitos fundamentais na história do constitucionalismo, não só em virtude do crescente reconhecimento de tais direitos pela ordem jurídica interna, mas também em virtude da disponibilização de instrumentos destinados à sua efetiva concretização.<sup>77</sup>

Por conseguinte, verifica-se que, com o alargamento das funções do Estado, não mais se mostra adequada a existência de dicotomia na responsabilidade do Poder Público, em virtude de, no caso a caso, tratar-se de uma ação ou omissão. Afinal, a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, §1º,<sup>78</sup> ao consagrar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, ampara o acolhimento da lógica objetivista vinculada às condutas omissivas do Estado, tratando-se, em verdade, da teoria mais aconselhável para promoção efetiva de tais direitos.<sup>79</sup>

Conclui-se, dessa forma, que o estudo acerca do progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais guarda íntima conexão com as teorias adotadas para fins de aferição da responsabilidade do Estado, na medida em que o reconhecimento da existência de um dever específico de agir do Estado em determinados casos vincula-se inequivocamente à ideia de dever de proteção dos direitos fundamentais. E justamente por tal motivo, Helena Elias Pinto questiona

a pergunta que conduz à solução dos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão também pode ser formulada do seguinte modo: o Estado se desincumbiu, com eficiência e proporcionalidade, de seu papel de garantidor dos direitos fundamentais no caso concreto?<sup>80</sup>

Nessa perspectiva, todos os poderes do Estado, inclusive o Legislativo, vinculam-se aos direitos fundamentais; aliás, como se verá ao longo deste trabalho, a vinculação do legislador se dá para com a Constituição como um todo, ultrapassando, portanto, o horizonte de tais direitos.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 68-69.

<sup>78</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>79</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197. p. 177 e p. 182.

<sup>80</sup> PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 137.

Por fim, destaque-se que, por todos os argumentos até então expostos, opta-se, neste estudo, pela adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado não só pela prática de condutas comissivas, mas também pela prática de condutas omissivas.

Traçados os conceitos básicos relativos ao instituto da responsabilidade civil, passa-se a examinar especificamente o tema da responsabilidade do Estado Legislador por omissão legislativa.

## SEGUNDA PARTE: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR

### 4 A FUNÇÃO LEGISLATIVA

Antes de adentrar no tema da omissão legislativa inconstitucional, é imperioso suscitar breves apontamentos acerca da função legislativa, à luz do tratamento destinado à temática pela atual Constituição Brasileira.

O Poder do Estado, embora manifestado de diversas maneiras, é uno, e seu exercício, pautado na ideia de organização política, visa à consecução de fins sociais, isto é, à realização de interesses da sociedade, apresentando-se, pois, como um dever daqueles que se encontram encarregados na função pública.<sup>81</sup> Assim, o poder político ou poder estatal, enquanto poder do Estado, detém uma posição de superioridade em relação aos demais poderes sociais, na medida em que, de um lado, objetiva manter a ordem entre os grupos de indivíduos, ordenando suas relações, e, de outro, pretende estimular o desenvolvimento e progresso sociais, visando ao bem comum.<sup>82</sup>

As funções de tal poder, embora seja, como referido, uno, são divididas em órgãos ou poderes, que exercem, de maneira independente e nos termos delimitados pelo corpo constitucional, atribuições e competências específicas e delimitadas.<sup>83</sup> Assim, o poder estatal divide-se em três grandes funções, que consistem em meios para o seu exercício, quais sejam, (1) a legislativa; (2) a executiva; e (3) a jurisdicional.

Essa clássica tripartição dos poderes, elaborada por Aristóteles e aprimorada por Montesquieu, pode ser extraída do art. 2º da Constituição Federal de 1988,<sup>84</sup> que consagra o princípio da separação dos poderes e assenta serem estes independentes e harmônicos entre si. Todavia, diante da unidade do poder estatal, as funções do Estado guardam íntima conexão, com que, não obstante detenham competências próprias ou materialmente típicas, não podem ser consideradas absolutas ou exclusivas, de modo que os demais Poderes, eventualmente, podem exercer competências diversas, típicas de outros órgãos.<sup>85</sup> Daí por que afirmar-se que

---

<sup>81</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 305-306.

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 109.

<sup>83</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 61.

<sup>84</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>85</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 307.

tais órgãos independentes exercem precipuamente determinada função, o que decorre, sobretudo, do fato de adotarmos, em nosso ordenamento jurídico, o método de freios e contrapesos (*checks and balances*), com o qual cada Poder limita o outro, diante da necessidade de equilíbrio entre todos eles.<sup>86 e 87</sup>

A este trabalho interessa unicamente a função típica do Poder Legislativo, consistente na função normativa, isto é, de elaboração da lei. A função de legislar diz respeito à competência de criar normas com caráter de generalidade, abstração e impessoalidade,<sup>88</sup> fundada única e diretamente na Constituição, resultando em uma inovação no mundo jurídico.<sup>89</sup> Ao exercer tal função, o Legislativo disciplina a vida da comunidade, criando direitos e definindo deveres aos indivíduos pertencentes àquela coletividade.<sup>90</sup>

Todavia, como visto, os Poderes exercem apenas de modo precípua uma das funções, e, subsidiariamente, as típicas dos outros órgãos. Assim, é possível afirmar que todos os três Poderes possuem competência para expedir atos de caráter normativo.<sup>91</sup> Isso pode ser extraído, por exemplo, da função atípica de legislar dos poderes Executivo e Judiciário: o primeiro, editando atos normativos, como medidas provisórias, decretos regulamentares e leis delegadas; o segundo, ao elaborar seu regimento interno, dispondo acerca do funcionamento do órgão jurisdicional respectivo.<sup>92</sup>

No entanto, embora todos os Poderes tenham tal competência, somente quando os atos de caráter normativo forem provenientes do Poder Legislativo é que se caracterizarão como legislativos, de modo que este se trata do único dos três poderes que, mediante um procedimento

<sup>86</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 63.

<sup>87</sup> Nesse sentido, refere Dirley da Cunha Júnior que “A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos – mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira *coordenação* ou *colaboração* ou *coparticipação* entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que à conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265-290. p. 279).

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 110.

<sup>89</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 306.

<sup>90</sup> FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 61.

<sup>91</sup> FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 62.

<sup>92</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265-290. pp. 278-279.

legislativo constitucional, é capaz de criar leis formais ou leis em tese.<sup>93 e 94</sup> Diante disso, para fins de delimitação deste trabalho, a existência ou não do dever de indenizar do Estado por omissão legislativa será analisada tão somente em relação às leis provenientes do Poder Legislativo (ainda que de iniciativa reservada ou privativa de órgão diverso), único poder cuja função precípua é a de legislar.

## 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR

De maneira geral, refere-se que o primeiro marco evolutivo da responsabilidade civil do Estado consiste no período em que se adotou a chamada teoria da irresponsabilidade estatal, fundamentada na ideia de soberania do Estado.<sup>95</sup> Nesse período, não se cogitava da responsabilização da Administração Pública por quaisquer danos que esta viesse a causar a terceiros, tanto no que se refere a atos omissivos, quanto a atos comissivos – e, inclusive, relativamente a atos legislativos.

Não obstante a tese da irresponsabilidade tenha sido superada, seu abandono foi gradativo, ocorrendo, em um primeiro momento, em relação à atividade do Poder Executivo; após, do Poder Judiciário; e somente, em um terceiro momento, no que se refere à atividade do Poder Legislativo.<sup>96</sup> No campo da atividade legiferante, o caso *La Fleurette*, datado do ano de 1938,<sup>97</sup> ficou conhecido por marcar o abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado,

<sup>93</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 62.

<sup>94</sup> No particular, é pertinente destacar as lições de José Cretella Júnior: “A palavra *lei*, na linguagem jurídica, tem duplo significado, o *sentido formal* e o *sentido material*. [...] Em sentido formal, *lei* é toda disposição que emana do Poder Legislativo e que tem forma constitucional de lei (critério subjetivo), seja qual for a essência e o objeto que a identifique; no sentido material ou substancial (critério objetivo), *lei* é toda norma geral que o é pelo conteúdo fundo, desde que seja editada pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo (*‘interna corporis’*), isto é, por dois Poderes que, normalmente, não têm a função precípua de legislar.” (CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do estado por ato legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 153, p. 15-34, jan. 1983. pp. 18-19).

<sup>95</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227.

<sup>96</sup> Nesse sentido, refere José Cretella Júnior: “Interessante é observar-se – e isto não foi assinalado ainda pelos autores – que, no campo da responsabilidade pública, em relação aos Poderes do Estado, a evolução foi sucessiva, gradual, por períodos, tendo ocorrido, primeiro, no âmbito do Poder Executivo, a regra, depois no campo do Poder Legislativo, a exceção. Em outras palavras, o Estado foi responsabilizado, primeiro, pela atividade dos funcionários públicos, *stricto sensu*; em segundo lugar, pela atividade dos magistrados e, por último, pela dos legisladores.” (CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do estado por ato legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 153, p. 15-34, jan. 1983. p. 20).

<sup>97</sup> Neste caso, o Conselho de Estado Francês reconheceu o dever de indenizar do Estado por danos causados à companhia *La Fleurette* em virtude da edição, em 1934, de lei que visava a proteger a indústria leiteira do país e que, por conta disso, proibiu a fabricação e a venda de produtos que pudessem substituir o leite, acarretando prejuízo à referida companhia, que passou a fabricar um creme similar à nata extraída do leite.

reconhecendo, pela primeira vez, a nível de decisão judicial, seu dever de reparar pela edição de ato legislativo lesivo a um particular, o que possibilitou, de outro lado, a sua afirmação na doutrina de vários outros países.<sup>98</sup>

No Brasil, o tema da responsabilidade civil do Estado Legislador somente ganha maior destaque a partir da República, e já no início do século XX, diversos autores passaram a se posicionar no sentido de se admitir ou refutar a possibilidade de reparação estatal por tais condutas.<sup>99</sup> Todavia, nesse período, o tratamento destinado ao tema em questão se dava apenas de modo esporádico, sem grande embasamento doutrinário. Somente a partir da década de 1940 é que o assunto ganhou maior relevância, tendo em vista que, com a crescente intervenção do Poder Público no domínio econômico e com a expansão das atividades estatais, houve, por decorrência, um aumento substancial dos danos causados pelo Estado, ensejando, com isso, maior discussão a respeito da problemática.<sup>100 e 101</sup>

Apesar disso, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado Legislador, em especial no que tange aos aspectos doutrinários, concentrou-se precipuamente nos atos comissivos, e há muito se reconhece o dever de reparar do Estado pelos danos decorrentes do desempenho inconstitucional da função de legislar, visto que, submetendo-se o Estado à ordem normativa, o exercício ilegal de quaisquer de suas funções estatais implica, sem dúvidas, o reconhecimento do dever de indenizar em caso de danos eventualmente causados a particulares.<sup>102</sup> Entretanto, a jurisprudência brasileira, inicialmente, era bem mais restrita que a doutrina quanto ao tema da reparabilidade estatal, tendo os tribunais, durante longo período,

---

<sup>98</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 83.

<sup>99</sup> Admitindo a possibilidade de responsabilização estatal por danos decorrentes de atos legislativos, pode-se citar Amaro Cavalcanti (CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. II. p. 623), Pedro Lessa (LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. In: Coleção História Constitucional Brasileira. Prefácio de Roberto Rosas. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 164), José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 155) e Yussef Said Cahali (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 527); rejeitando tal possibilidade, pode-se citar Oliveira Santos (SANTOS, Oliveira. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919. p. 132) e Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 734).

<sup>100</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 85.

<sup>101</sup> A respeito, salienta André Puccinelli Júnior que “Também na França, cuja doutrina vanguardista deflagrou o processo de institucionalização da responsabilidade estatal nos mais diversos campos, a desmistificação da lei, como norma abstrata, genérica e insuscetível de acarretar danos a particulares, só prosperou serodidamente.” (PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 230).

<sup>102</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 110.

entendimento uníssono no sentido de considerar a lei como emanção da soberania do Estado, e, por conseguinte, sustentando-se por inviável o reconhecimento do dever de reparar do Poder Público por atos legislativos.<sup>103</sup>

No que diz com os atos omissivos legislativos, objeto deste estudo, até hoje a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas no sentido da possibilidade de se imputar ao Estado o dever de indenizar por danos decorrentes de tais condutas. Contudo, desde logo, é pertinente salientar que o pensamento jurídico tem se direcionado cada vez mais no sentido afirmativo, à vista (1) da nova teoria dos direitos fundamentais (e do consequente reconhecimento do Estado como destes garantidor); (2) do sistema de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988; e (3) da ideia de que o legislador, enquanto agente político, submete-se ao disposto no §6º do art. 37 da CF, tanto por suas ações (o que não apresenta maiores controvérsias no estágio atual de evolução histórica), quanto por suas omissões, como se verá na sequência.

## 6 O AGENTE LEGISLATIVO

Para que se verifique a responsabilidade extracontratual do Estado Legislador, é imprescindível uma análise, ainda que sucinta, quanto aos aspectos atinentes ao agente legislativo.

Conforme salientado,<sup>104</sup> a noção de agente público, inclusive para fins de enquadramento no §6º do art. 37, da CF, tem sentido amplo, abarcando todos aqueles que desempenham função pública, independentemente da forma com que investidos em tal função e da natureza do vínculo com o Estado.<sup>105</sup> Assim, dentro da categoria de agentes públicos, encontram-se os agentes políticos, que, por sua vez, abrangem os agentes legislativos.

Os agentes políticos exercem funções do Estado, elaborando normas e conduzindo negócios públicos, e atuam com independência em relação ao seu múnus, praticando-o com prerrogativas e responsabilidades próprias, as quais lhe são concedidas não como privilégios pessoais, mas como garantias necessárias ao melhor desempenho de suas funções.<sup>106</sup> Por conta disso, os agentes legislativos, cuja seleção ocorre mediante o exercício do voto, são tidos como

---

<sup>103</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 111.

<sup>104</sup> Veja-se: capítulo 2.2.4 do presente estudo.

<sup>105</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 65.

<sup>106</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 78-80.



representantes do povo, motivo pelo qual não se sujeitam à hierarquia e se submetem a um regime jurídico diferenciado.<sup>107 e 108</sup> A relação que os liga com o Estado é de natureza institucional, de modo que seus direitos e deveres decorrem diretamente da Constituição e de leis, e não de determinado contrato firmado com o Poder Público.<sup>109</sup>

Nesse contexto, há duas correntes da teoria política que procuraram explicar a natureza jurídica da relação entre os agentes legislativos, o povo e o Estado: (1) a teoria do mandato imperativo e (2) a teoria do mandato representativo. Destaque-se que o caráter representativo ou imperativo do mandato variou ao longo do tempo conforme o grau de democracia existente em determinada coletividade. Desse modo, a natureza jurídica do mandato foi se tornando mais representativa ao longo da modernidade, uma vez que este, considerado imperativo nas sociedades absolutistas, foi reputado como representativo nas democracias liberais e sociais, por exemplo.<sup>110</sup>

Segundo a teoria do mandato imperativo, a representação é instrumento de participação do povo no Poder e configura, portanto, uma relação contratual (típica do direito civil) entre os eleitores e os parlamentares.<sup>111</sup> Nesse sentido, a representação era considerada grupal, na medida em que o representante somente expressava a vontade daqueles que o escolhiam, aos quais devia obediência.<sup>112 e 113</sup> No entanto, a teoria do mandato imperativo foi combatida desde o final da Idade Média e mais fortemente pela burguesia liberal da Revolução Francesa de 1789,

---

<sup>107</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 66.

<sup>108</sup> Nesse sentido, salienta Celso Antônio Bandeira de Mello: “O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *múnus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 252). E destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, no direito brasileiro, são agentes políticos “porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 680).

<sup>109</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 252.

<sup>110</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 278 e p. 282.

<sup>111</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 872.

<sup>112</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 67.

<sup>113</sup> Sobre a teoria do mandato imperativo, Paulo Bonavides destaca que ela “sujeita os atos do mandatário à vontade do mandante; que transforma o eleito em simples depositário da confiança do eleitor e que ‘juridicamente’ equivale a um acordo de vontades ou a um contrato entre o eleito e o eleitor e “politicamente” ao reconhecimento da supremacia permanente do corpo eleitoral, é mais técnica das formas absolutas do poder, quer monárquico, quer democrático, do que em verdade instrumento autêntico do regime representativo” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 282).

sendo substituída pela teoria do mandato representativo ou do mandato político, a partir do qual se negou a possibilidade de ingerência dos eleitores nas ações dos representantes, vedando a revogação do mandato e tornando os membros como representantes da Nação, e não somente daqueles por eles escolhidos.<sup>114 e 115</sup>

Há quem entenda que, ao lado das teorias do mandato imperativo e do mandato representativo, nas circunstâncias atuais, seria adequado utilizar a denominada “teoria da investidura” ou “investidura popular” para explicar a relação entre os parlamentares, o povo e o Estado, com a qual se entende que, no momento em que investidos, os parlamentares se tornam *pleno iure* órgãos do Estado,<sup>116</sup> com que a relação entre eles e o povo esgota-se quando estes os investem de parcelas de poder.<sup>117</sup> Por essa teoria, seria estabelecida uma relação orgânica entre o Poder Público e os agentes legislativos, substituindo-se a ideia de representação pela de imputação,<sup>118</sup> já que o Estado só atua por intermédio de pessoas físicas, de modo que a atividade praticada pelo seu agente diz respeito à atividade da própria pessoa jurídica a que se vincula.<sup>119</sup>

Em específico, Paulo Bonavides salienta que, em decorrência do declínio do regime representativo de tradição liberal, tem-se reintroduzido técnicas de exercício do mandato imperativo – atualmente, como instrumento da vontade democrática. Isso porque, especialmente no que tange à democracia semidireta, o eleitor passou a exercer maior domínio sobre o representante e, ainda que não se possa considerar tal domínio como jurídico, sem

---

<sup>114</sup> FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 67.

<sup>115</sup> Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari destaca as principais características desta teoria: “a) O mandatário, apesar de eleito por uma parte do povo, expressa a vontade de todo o povo, ou, pelo menos, de toda a circunscrição eleitoral onde foi candidato [...]; b) Embora o mandato seja obtido mediante um certo número de votos, ele não está vinculado a determinados eleitores, não se podendo dizer qual o mandato conferido por certos cidadãos; c) O mandatário, não obstante decida em nome do povo, tem absoluta autonomia à independência, não havendo necessidade de ratificação das decisões, além do que as decisões obrigam mesmo os oponentes que se oponham a elas; d) O mandato é de caráter geral, conferindo poderes para a prática de todos os atos compreendidos na esfera de competências do cargo para o qual alguém é eleito; e) O mandatário é irresponsável, não sendo obrigado a explicar os motivos pelos quais optou por uma ou por outra orientação; f) Em regra, o mandato é irrevogável, sendo conferido por prazo determinado. A exceção a esse princípio é o *recall*, que dá possibilidade à revogação do mandato por motivos exclusivamente políticos [...]” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160).

<sup>116</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 872.

<sup>117</sup> FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 69.

<sup>118</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 671.

<sup>119</sup> FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001. p. 69.

dúvidas se deve reconhecer a existência de um controle “moral” e, especialmente, “político” do eleitor sobre o representante.<sup>120</sup>

Diante dessa conjuntura, na hipótese de ocorrência de danos a particulares decorrentes de eventual omissão do agente legislativo, é possível que exsurja o dever de indenizar do Estado, pois a expressão “agente público” abrange os agentes políticos, dentro dos quais se encontram os parlamentares, e estes, ao (não) agirem, expressam a vontade do próprio Estado.

## 7 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O tema da inconstitucionalidade por omissão reflete o perfil da Constituição Brasileira de 1988, que vincula os Poderes Públicos à adoção de medidas que ofereçam concretude às normas e aos princípios consignados no diploma constitucional. Isso, por sua vez, decorre do acolhimento pelo direito brasileiro de uma constituição dirigente (ou programática), caracterizada por considerar o Estado um ente intervencionista e planejador, voltado ao bem-estar social.<sup>121</sup> Não foi curto, todavia, o caminho percorrido pela teoria constitucional para construção do tema em análise, que emergiu de um longo processo histórico de mudanças nas relações verificadas entre o Estado e os indivíduos, o que acarretou, por sua vez, modificações na própria forma com que organizado e estruturado o Estado.<sup>122 e 123</sup>

<sup>120</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 283. Nesse sentido, salienta o autor que “Nos governos da democracia semidireta, é possível sustentar que o mandato se faz imperativo, não somente por exigências morais ou políticas, quais as que atuam poderosamente sobre o ânimo do representante em todo regime de legítima inspiração democrática, obrigando-o a ter em conta sempre a posição, os interesses, as convicções e os compromissos eleitorais partidários, senão também por determinação jurídica, como a que decorre da regra constitucional que prescreve a revogação do mandato, em certos casos, mediante o *recall* ou o *Abberufungrecht*.” (p. 283). Dessa forma, para ele, tais instrumentos de revogação do mandato implicariam reconhecer que, atualmente, admite-se juridicamente a existência do mandato imperativo; portanto, nas democracias semidiretas não se configura apenas como realidade de fato, estando-se, diversamente, a um passo de uma institucionalização jurídica.

<sup>121</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39 e p. 47. A respeito, salienta também Tércio Sampaio Ferraz Jr. que “De todas as Constituições que tivemos, a de 1988 é, certamente, a mais programática. Não há quase texto prescritivo, mandamento constitucional que não se veja acompanhado de normas programáticas, de ordens ao legislador ordinário para uma efetiva regulação concretizadora. Num certo sentido pode-se dizer que a Constituição de 1988, até mesmo como texto, ainda está por se fazer.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989. p. 58).

<sup>122</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 312.

<sup>123</sup> Nesse sentido, ressalta Paulo Eduardo Garrido Modesto que “Acompanhando essas transformações de ordem histórica, dá-se um alargamento e ao mesmo tempo uma inversão no próprio objeto dos direitos públicos subjetivos: além do ‘poder’ de exigir uma ‘omissão’ do Estado, o particular passa a gozar do ‘poder’ de exigir uma ‘atuação’ devida pelo Poder Público.” (MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991. p. 119).

No entanto, o fato de a Constituição consistir em diploma que define fins e programas de ação futura, voltados a uma orientação social democrática, implicou, por vezes, imprecisão das normas constitucionais, comprometendo, com isso, sua eficácia e aplicabilidade imediata.<sup>124</sup> Daí por que, hoje, é possível reconhecer que a Constituição pode vir a ser violada não só quando os órgãos destinatários do poder atuam descumprindo os preceitos previstos no diploma constitucional, mas também quando da inércia ou silêncio daqueles, ao deixarem de implementar as normas necessárias para efetiva concretização da Constituição.<sup>125</sup>

Assim sendo, faz-se necessário abordar os principais desafios enfrentados pela doutrina e jurisprudência brasileiras a respeito da inconstitucionalidade por omissão. Por conta disso, primeiramente, analisar-se-ão conceitos mais importantes pertinentes ao tema, para, na sequência, constatar em que momento resulta caracterizada a omissão inconstitucional. Após, serão expostas as espécies de omissão, buscando-se averiguar suas diferenças para fins de reconhecimento da omissão inconstitucional. Por fim, far-se-á uma breve abordagem a respeito dos instrumentos de sanção da inconstitucionalidade por omissão, analisando-se a importância de tais institutos no atual estágio de desenvolvimento jurídico no país, bem como sua repercussão no tema da responsabilidade civil do Estado.

## 7.1 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Neste capítulo, inicialmente, faz-se necessário expor os principais pontos relativos ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, destacando-se para tanto seu conceito e elementos. Tratar-se-á, no particular, sobre qual omissão configura-se como sendo juridicamente relevante para a temática, e, por conseguinte, quando é possível conceber o silêncio do legislador como inconstitucional. No contexto, saliente-se que todos os poderes estatuídos são vinculados às normas constitucionais, inclusive o Legislativo, motivo pelo qual opta-se por uma delimitação no objeto deste trabalho para apenas abarcar as omissões inconstitucionais relativas ao dever de legislar decorrentes da função típica do Poder Legislativo. Assim, será feita uma breve abordagem a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais, mormente a respeito das normas de eficácia limitada, que guardam inequívoca

---

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. pp. 136-137. No ponto, destaca ainda o autor que “Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático* [...]” (p. 137).

<sup>125</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 940.

conexão com o tema da omissão inconstitucional, bem como a respeito do papel e importância da Constituição para a efetiva concretização de tais normas.

Trata-se a inconstitucionalidade por omissão quando o Poder Público, obrigado à prática de determinado ato legislativo previsto na Constituição, deixa de fazê-lo, ou o faz somente de modo parcial, acarretando a insuficiência ou deficiência da atividade legislativa, e, consequentemente, a falta da exigida concretude prevista pela norma constitucional em questão. Assim, o tema da omissão inconstitucional põe em exame, de um lado, a existência de discricionariedade na atividade legislativa e, de outro, o dever de legislar a que está o agente político sujeito em determinados casos.<sup>126</sup>

De maneira geral, afirma-se que a omissão inconstitucional pode ocorrer em virtude da inexistência ou insuficiência de atos legislativos, bem como pela falta de adoção de atos políticos ou de governo ou, ainda, de implementação de medidas administrativas (hipótese de “omissão indiretamente inconstitucional” ou “omissão ilegal”), inclusive as de natureza regulamentar.<sup>127</sup> Daí por que quaisquer das funções do Estado, em tese, podem apresentar comportamentos omissivos inconstitucionais: (1) o Legislativo, quando recebe competência para que integre norma não exequível por si só, sendo a atividade legislativa necessária para efetiva aplicação de tal norma, porém permanecendo o legislador inerte quanto à elaboração; (2) o Executivo, quando recebe competência para que expeça regulamentos para execução de leis integrativas e não o faz (nesse caso, denominada de omissão indiretamente inconstitucional); e (3) o Judiciário, quando verificada a denegação da justiça.<sup>128</sup>

Diante disso, é possível afirmar que a Constituição abarca um conjunto de normas impositivas que demandam do Poder Público uma atuação positiva, consistente, por vezes, na edição de uma lei e, em outras, na prática de um ato ou medida específica, o que, por sua vez, implica o reconhecimento de que essa atividade corresponde a um “poder-dever”, com todas as consequências que decorrem de tal característica.<sup>129</sup> E, ao se acolher a existência de imposições constitucionais, que, como referido, representam um poder-dever de atuação, reconhece-se,

<sup>126</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 93.

<sup>127</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II. pp. 393-396. No particular, destaca-se como exemplo de omissão inconstitucional que deriva de atos políticos ou de governo o caso da não designação de titular de cargo constitucional (p. 394).

<sup>128</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 358-359.

<sup>129</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986. pp. 51-52.

igualmente, que certas normas não são exequíveis por si, necessitando, por isso, de atos de integração legislativa ou mesmo não legislativa para que possam ser efetivamente aplicados.

No ponto, contudo, identifica-se que, além de preceitos que indicam concretamente como o agente deve agir, alguns não se referem a imposições concretas, mas a ordens permanentes que objetivam concretizar os fins da Constituição, o que, de toda sorte, embora dependam de certa luta política, também podem configurar omissão inconstitucional.<sup>130</sup> À vista disso, Paulo Eduardo Garrido elenca quatro elementos que configuram a inconstitucionalidade por omissão:

- a) Uma inércia na atividade concretizadora, normativa ou não, de b) certa e determinada norma constitucional, com reduzida eficácia de aplicação (exequibilidade), c) consistente na violação de uma obrigação institucional geral ou especial, d) constatada a partir de um “juízo concreto” sobre o transcurso do tempo.<sup>131</sup>

Por conseguinte, é possível afirmar que todos os atos exigidos pela Constituição podem fundamentar eventual reconhecimento de omissão inconstitucional. Porém, neste estudo, o objeto cinge-se à análise da omissão inconstitucional decorrente da falta ou deficiência de medidas legislativas, ou seja, a omissão derivada da atividade típica do Poder Legislativo. Portanto, analisar-se-á o dever de reparar do Estado somente em virtude da inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia do legislador atinente à sua função típica de elaboração normativa.<sup>132 e 133</sup>

Com efeito, como referido anteriormente, a problemática em questão adquire relevância sobretudo no âmbito de uma constituição dirigente, que atribui ao legislador o dever de atuação em inúmeras situações, cuja abstenção importa inequívoca agressão a direitos assegurados constitucionalmente aos cidadãos.<sup>134</sup> Isso porque, diante da posição de supremacia

<sup>130</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 363.

<sup>131</sup> MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991. p. 121.

<sup>132</sup> Neste estudo, entretanto, o vocábulo “legislador” não será somente utilizado para se referir à atividade do Poder Legislativo propriamente dita, mas também do Poder Executivo, em se tratando da competência de iniciativa reservada ou privativa deste para elaboração de leis, isto é, no exercício de função atípica de legislar.

<sup>133</sup> É de se destacar, contudo, que o Poder Legislativo não detém apenas a função de editar leis (como visto, essa é apenas uma de suas funções, sendo, porém, sua função típica), cabendo-lhe ainda efetuar atos de fiscalização (ex.: art. 49, X, e art. 70, ambos da CF), atos de julgamento (ex.: art. 86) e atos de autorização, aprovação e fixação (ex.: art. 49). (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 360).

<sup>134</sup> Nesse contexto, afirma Jorge Miranda que “a inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos ou de normas legislativas (consoante o prisma que se prefira) é fenómeno ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais, que pode surgir em face de qualquer Lei Fundamental. Mas a sua importância varia de harmonia com as concepções políticas e jurídicas dominantes: nas Constituições liberais não se reveste de grande interesse,

constitucional e da prevalência material e formal de princípios e regras constitucionais em relação às leis ordinárias, não se poderia admitir que os preceitos constitucionais ficassem indefinidamente aguardando atividade legislativa para serem regulamentados mediante leis infraconstitucionais. Entendimento diverso implicaria reconhecer que o legislador infraconstitucional detém mais poder que o próprio constituinte, ao se considerar mais vinculante a omissão do legislador na edição de uma norma regulamentadora que uma norma constitucional impondo tal atuação legislativa.<sup>135 e 136</sup>

Saliente-se, no contexto, que as omissões legislativas inconstitucionais são as omissões de mais difícil controle, na medida em que se situam entre o limite da liberdade de emanção de uma lei e o dever de legislar imposto pelo texto constitucional.<sup>137 e 138</sup> Por conta disso, refere-se que a abstenção legislativa acarreta um processo de mudança informal da Constituição, na medida em que paralisa a aplicação de suas normas.<sup>139</sup> Por isso, a problemática da omissão legislativa afronta a própria normatividade constitucional, violando os valores consignados pelo constituinte, motivo por que, para além da liberdade de atuação do legislador, encontra-se presente seu dever de atuação, condicionado à observância de regras delimitadas por valores supremos.<sup>140</sup>

No entanto, não é toda omissão do legislador que se configura juridicamente relevante. O dever especial em questão consiste na incumbência atribuída ao Poder Público em concretizar uma norma constitucional impositiva e desprovida de exequibilidade prática por si mesma,

---

embora não deixe de se manifestar; já nas Constituições programáticas novecentistas tende a avultar.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II. pp. 396-397).

<sup>135</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

<sup>136</sup> Sobre o tema, refere José Joaquim Gomes Canotilho que “se a actividade juridicamente relevante do legislador não se mover no âmbito de vinculação jurídico-material do poder legiferante e se não observar os preceitos hierarquicamente superiores da constituição, se a distinção formal e material entre constituição e lei (poder constituinte e poder constituído) se tornar de novo claudicante, a consequência será a reintrodução da teoria positivista weimariana do ‘poder legislativo ordinário’ em que a constituição não se situa sobre o legislador mas à sua disposição” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 63).

<sup>137</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 359.

<sup>138</sup> Quanto ao ponto, sustenta Flávia Piovesan: “Se é reconhecido ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos na Constituição, vedando-lhe o excesso de poder, por outro lado o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, dever de legislar.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 93).

<sup>139</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 231.

<sup>140</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

cabendo ao legislador efetivar tal mandamento.<sup>141</sup> Diz respeito, todavia, à existência de uma ordem concreta e específica de legislar, de modo que as ordens constitucionais gerais, embora exijam igualmente atuação do Poder Público, não importam o reconhecimento de eventual omissão inconstitucional, uma vez que não determinam concretamente o que se deve fazer.<sup>142</sup>

Quando a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de emanar de determinada norma regulamentadora concreta – apta, portanto, a ensejar o reconhecimento de eventual omissão legislativa inconstitucional –, a norma em questão especifica o interesse a ser tutelado, definindo a conduta a ser seguida, e, por conta disso, acarreta um direito subjetivo do indivíduo à sua obtenção, ao contrário do que ocorre com as normas constitucionais que impõem meros deveres gerais de legislar.<sup>143</sup> É pertinente salientar, entretanto, que esse entendimento não é de todo acolhido, na medida em que não individualiza o sujeito.<sup>144</sup> No entanto, Canotilho destaca que a democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais exigem a presunção de que, mesmo interesses jurídico-objetivamente reconhecidos sejam considerados, na dúvida, como se garantidores de um direito subjetivo, e, por decorrência, reconhecendo-se um poder jurídico do cidadão em postular operatividade prática a tais direitos.<sup>145</sup>

A despeito das divergências relativas à questão, a própria Constituição de 1988 incorporou dois institutos visando a sanar o problema da omissão inconstitucional, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI) – que serão posteriormente abordados neste estudo –, devendo-se reconhecer, portanto, que o próprio constituinte atribuiu ao Poder Judiciário competência para atuar concretamente as normas constitucionais.<sup>146</sup>

<sup>141</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

<sup>142</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. pp. 331-332.

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 158-159. O autor, no ponto, sustenta que o art. 5º, XXVI; art. 7º, XI; e art. 201, §11, todos da CF, consistem em exemplos em que há um dever concreto de edição da norma reguladora, com que a abstenção do órgão legislativo gera um direito subjetivo do cidadão à atividade legislativa, diversamente do que ocorre em relação, por exemplo, ao art. 215, §1º; art. 218; e art. 170, III, todos da CF, que estabelecem meras ordens gerais de legislar, na medida em que preveem fins genéricos a serem alcançados pelo Estado. Nessas últimas hipóteses, destaca o autor competir aos órgãos estatais realizar um juízo de conveniência e oportunidade sobre qual a conduta a ser seguida, razão pela qual inexistente um poder do cidadão em exigir uma prestação positiva do legislador, embora também nesses casos haja ofensa à Constituição.

<sup>144</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 159.

<sup>145</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 344.

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 164 e p. 166.



Destaque-se que, de maneira geral, vincula-se o tema da inconstitucionalidade por omissão ao problema da violação aos direitos fundamentais, em virtude da existência de uma dupla vinculação do legislador a tais direitos. Vê-se, de um lado, a existência de uma dimensão proibitiva, no sentido de se impedir a emanção de leis que acarretem danos a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e, de outro, uma dimensão positiva, segundo a qual deve este efetivar tais direitos, liberdades e garantias, otimizando-os a fim de regulamentar as relações entre o Estado e os indivíduos, bem assim as relações entre os próprios indivíduos.<sup>147</sup> Todavia, a omissão legislativa em análise não possui apenas operatividade prática em tais casos, pois diz respeito igualmente a outras imposições constitucionais que não atinentes aos direitos fundamentais, como bem salienta José Joaquim Gomes Canotilho:

(1) a omissão legislativa inconstitucional existe sempre que o legislador não “executa” ou apenas cumpre parcialmente uma imposição constitucional concreta; (2) nem todos os direitos fundamentais eventuais acções por omissão legislativa, pois também no âmbito destes direitos se tem de demonstrar existir um dever da acção concretamente imposto ao legislador pela constituição; (3) a violação dos direitos fundamentais por omissão legislativa pode resultar indirectamente de outras imposições constitucionais, sem que se possa falar, a não ser em termos amplos, de omissão lesiva de direitos fundamentais, subjectivos e concretos (ex.: não realização da imposição da Reforma Agrária); (4) o problema da omissão legislativa, na perspectiva da presente investigação, insere-se no problema mais vasto do cumprimento das imposições constitucionais e da actualização da constituição dirigente, ultrapassando o restrito âmbito dos direitos fundamentais.<sup>148</sup>

Além disso, quanto ao tema, oportuno referir que a indevida abstenção do legislador não é analisada em bloco – isto é, em face da Constituição integralmente considerada, no conjunto de suas disposições e princípios –, mas em face de uma norma específica, cuja exequibilidade depende de integração normativa e sua inobservância frustra o cumprimento da Constituição.<sup>149</sup> Isso porque, caso a omissão inconstitucional fosse resultado de uma violação geral à Constituição, o controle da constitucionalidade importaria insegurança jurídica, pois acabaria por remeter o controle de constitucionalidade a um “terreno indefinido”, violando, com isso, objetivos da ordem normativa, dentre eles os de proporcionar harmonia e paz social.<sup>150</sup> E o tema

<sup>147</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 592.

<sup>148</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 337.

<sup>149</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II. p. 403.

<sup>150</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 363.

da omissão inconstitucional visa justamente a preservar o sistema de valores dispostos no texto constitucional.<sup>151</sup>

No ponto, cabe ainda destacar que o silêncio transgressor não é concebido à luz de um aspecto exclusivamente naturalístico, pois só há qualificação de omissão em relação à determinada norma em havendo uma imposição ao indivíduo de um dever de agir. Assim, na medida em que o agente desobedece a um comando de lei, a omissão relevante consiste em “omitir o cumprimento de um dever jurídico”,<sup>152</sup> como resultado de uma “vontade de não realizar a ação normativamente prescrita e, portanto, esperada”.<sup>153</sup> Ressalte-se que o tema referente à omissão relevante tem maior expressão no estudo das ciências criminais, cuja contribuição, entretanto, pode ser transposta para o direito constitucional e para o direito administrativo e, por conseguinte, para o propósito buscado no presente estudo.

Dessa maneira, é possível afirmar que a omissão relevante não consiste em uma simples abstenção. Ela decorre, na realidade, de um juízo acerca desse não fazer, cuja aferição dá-se a partir de uma análise sobre a ação esperada no caso concreto, de modo que a “esperança na ação” se trata de um elemento normativo.<sup>154</sup>

Depreende-se, pois, que a inconstitucionalidade por omissão somente se verifica quando o legislador se vê obrigado a atuar em virtude de exigência normativa concreta e explícita, de modo que o mero dever geral de emanção de leis, embora também represente dever de ação legislativa – abstrato, contudo –, não enseja reconhecimento de omissão inconstitucional.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 93.

<sup>152</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1. p. 313.

<sup>153</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 324.

<sup>154</sup> BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 245-281, 2011. Oportuno salientar que, no plano da responsabilidade civil do Estado, o tema da omissão relevante é de reduzida exploração, limitando-se a doutrina, de maneira geral, a considerá-la como sendo uma simples violação de um dever de agir. Todavia, tendo em conta o tema abordado no âmbito da dogmática penal, e considerando, nesse contexto, a omissão relevante como sendo uma abstenção indevida, consistente na inobservância de uma conduta esperada pelo omitente, pode-se afirmar que, também na responsabilidade extracontratual do Estado, a omissão é uma criação normativa, motivo pelo qual se pode sustentar que o liame causal entre a conduta e o dano não se trata propriamente de uma relação de causalidade material, e sim de uma relação de imputação. Para um estudo sobre a temática, veja-se fonte supracitada.

<sup>155</sup> No particular, refere José Joaquim Gomes Canotilho que a diferença entre as imposições abstratas e as imposições concretas consiste no fato de que “a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do ‘não cumprimento’ das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos ‘comportamentos ainda constitucionais’ mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se ‘situações inconstitucionais’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 332).

Justamente por isso, as normas constitucionais que definem competências legislativas dos entes da federação, por exemplo, não são capazes de fundamentar uma omissão inconstitucional, mesmo havendo inércia prolongada do Estado.<sup>156</sup>

No particular, cabe salientar que, embora não haja dissenso quanto à inaptidão de as normas constitucionais facultativas configurarem omissão legislativa, não se pode falar o mesmo no que se refere às normas programáticas e aos preceitos enunciadores dos fins do Estado. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, tais normas também não são capazes de ensejar o reconhecimento de omissão inconstitucional, tendo em vista que, nesses casos, não há previsão concreta sobre o que deve o legislador fazer.<sup>157</sup> Entretanto, Clèmerson Merlin Clève, diversamente, sustenta que, para o direito brasileiro, não deve ser esse o entendimento adotado, uma vez que “qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar, abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional”.<sup>158</sup>

Além disso, nem todas as normas constitucionais ensejam o reconhecimento de omissão legislativa inconstitucional. Embora todas elas produzam consequências jurídicas independentemente de qualquer atuação legislativa adicional – bastando, pois, sua entrada em vigor no ordenamento jurídico –, somente algumas delas carecem de suficiente normatividade para produzir seus efeitos de forma ampla, necessitando, nesse sentido, de normação jurídica complementar. A questão suscitada resulta, sobretudo, do fato de diversas normas constitucionais terem eficácia limitada, motivo pelo qual sua eficácia total depende de uma atividade legislativa posterior, mediante integração normativa.

Constata-se, dessa forma, que o campo de incidência da inconstitucionalidade por omissão restringe-se às normas de eficácia limitada, caracterizadas por serem destituídas de aplicabilidade imediata e integral, por dependerem de atividade legislativa ulterior para que

---

<sup>156</sup> Nesse sentido, salienta André Puccinelli Júnior: “Só é possível falar em inconstitucionalidade por omissão quando há o dever constitucional de atuação. Sabe-se que muitas normas constitucionais facultam — mas não obrigam — o exercício de certas competências. Assim, por exemplo, o art. 156, I, da Constituição Federal, diz competir ao Município a instituição do IPTU — imposto predial e territorial urbano. Ora, municípios dotados de receitas alternativas podem deixar de instituir esta exação tributária, sem que tal proceder configure inconstitucionalidade por omissão. Isto porque referida norma não impõe uma obrigação concreta de legislar, mas se limita a conferir mera faculdade.” (PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 132).

<sup>157</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 332.

<sup>158</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 325.

possam produzir integralmente os efeitos normativos visados pelo constituinte.<sup>159</sup> Tais normas podem ser classificadas em dois grupos, quais sejam, (a) normas definidoras de princípios institutivos ou organizativo<sup>160</sup> e (b) normas definidoras de princípios programáticos.<sup>161</sup> Ambas, contudo, necessitam de integração normativa, complementar ou ordinária, para que possam produzir seus efeitos nos termos visados pelo constituinte. Por tal razão, considera-se que tais normas integram uma categoria normativa em que as normas não são autoaplicáveis, uma vez que sua operatividade condiciona-se a uma integração normativa posterior e incerta.<sup>162</sup>

Assim, diferentemente da inconstitucionalidade por ação, tema que remete ao problema da validade da norma, a questão da inconstitucionalidade por omissão efetua análise no campo da eficácia das normas constitucionais, consistindo, em realidade, em estratégia voltada a tornar efetivo o texto constitucional, o que se vincula intimamente à ideia de adoção de modelo de Estado intervencionista, garantidor de prestações positivas aos indivíduos.<sup>163</sup> Por decorrência, vê-se que a aplicação efetiva da Constituição, de maneira geral, demanda intensa atividade do

<sup>159</sup> Refira-se, por oportuno, que, neste trabalho, adotar-se-á a teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais, elaborada por José Afonso da Silva, que as classifica em normas de eficácia plena, contida e limitada. Segundo o autor, resumidamente, as normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, porquanto produzem ou podem produzir todos os efeitos visados pelo constituinte; as normas de eficácia contida, por sua vez, embora produzam ou possam produzir todos os efeitos, podem sofrer restrições pelo legislador, mantendo, por vezes, uma eficácia contida; por fim, as normas de eficácia limitada consistem naquelas que, quando de sua entrada em vigor, não são capazes de produzir todos os efeitos pretendidos pelo constituinte, pois não possuem suficiente normatividade para tanto, deixando a cargo do legislador ordinário ou outro órgão do Estado tal atribuição. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. pp. 82-83).

<sup>160</sup> As normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas por meio das quais o legislador constituinte determina esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, cabendo ao legislador ordinário, por sua vez, estruturá-las em definitivo, mediante promulgação de lei. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 126).

<sup>161</sup> As normas definidoras de princípios programáticos disciplinam interesses econômicos, culturais e sociais, como a valorização do trabalho, o estímulo à cultura e à ciência, o desenvolvimento econômico, a assistência social, etc., e consistem em elementos sócio-ideológicos que denotam o caráter compromissário da atual Constituição. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 140 e p. 150). José Afonso da Silva destaca que tais normas programáticas têm as seguintes funções: “I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis que atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem”. (p. 164).

<sup>162</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

<sup>163</sup> Flávia Piovesan, quanto a isso, assinala que “a inconstitucionalidade por ação remete ao problema da não validade normativa, preocupação inerente à ordem jurídica liberal e à própria construção do Estado de Direito. Já a inconstitucionalidade por omissão vem a despertar o desafio da efetividade constitucional, preocupação inerente à ordem jurídica do modelo social e à própria realização de uma Constituição Dirigente e de um Estado de Bem-Estar Social.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102).

Poder Legislativo,<sup>164</sup> circunstância que deriva da inevitável indagação a respeito da aptidão de as normas constitucionais produzirem os efeitos visados pelo constituinte, analisando-se, nesse contexto, se necessitam de outras normas que lhe desenvolvam sentido, isto é, questionando-se se tais normas constitucionais, além de vigentes, possuem eficácia.<sup>165</sup>

Deve-se destacar, entretanto, que todas as normas constitucionais produzem uma eficácia jurídica de vinculação,<sup>166</sup> pois subordinam todos os Poderes do Estado à sua observância. Como consequência, condiciona-se o legislador negativa e positivamente: (1) vinculam o legislador negativamente ao obstá-lo que disponha contrariamente ao previsto pelas demais normas constitucionais (servindo, pois, como parâmetro de controle de constitucionalidade) e (2) vinculam o legislador positivamente, quando o obrigam a concretizar plenamente as imposições normativas constitucionais.<sup>167</sup>

Aliás, atualmente, a doutrina é pacífica no sentido de que todas as normas constitucionais detêm força normativa, e, por conta disso, apresentam certamente alguma eficácia, com que a classificação das normas constitucionais tem por escopo averiguar sobretudo a diferença no que tange ao seu grau de aplicabilidade.<sup>168</sup> Em decorrência disso, pode-se afirmar que todas as disposições constitucionais (repita-se: dotadas sempre de um mínimo de eficácia), podem ser consideradas, de certa forma, diretamente aplicáveis, restringindo-se, todavia, aos limites da eficácia e da normatividade que são inerentes à natureza da norma analisada. Daí por que é possível dizer que “todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua

<sup>164</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 222.

<sup>165</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 51.

<sup>166</sup> A respeito, afigura-se pertinente salientar a distinção entre a eficácia social das normas constitucionais (efetividade) e a eficácia jurídica (grau de aptidão para que produzam os efeitos jurídicos). José Afonso da Silva, no particular, salienta que “Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos, objetivados pelo legislador [...]. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.” Por conta disso, pode-se afirmar que a eficácia jurídica corresponde à aptidão de a norma produzir efeitos jurídicos, consistindo, portanto, na possibilidade de aplicação jurídica, regulando comportamentos e relações, mas não necessariamente na sua efetividade, isto é, pode não ser cumprida no plano social.” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 66).

<sup>167</sup> MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991.

<sup>168</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.

eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis”, inclusive as normas de eficácia limitada.<sup>169</sup>

No contexto, o que se demonstra imprescindível é assentar que, não obstante a evidente capacidade de produção de efeitos por todas as normas constitucionais, parte delas não detém suficiente eficácia enquanto não emitida norma ulterior completando-lhes sentido, com vistas a realizá-las integralmente,<sup>170</sup> de modo que a inércia do legislador na implementação de tais normas pode eventualmente acarretar danos e ensejar, com isso, discussão a respeito do dever de indenizar do Estado.

Ressalte-se que, muitas vezes, a inatividade da função legiferante dá-se em virtude de fatores políticos, já que nem sempre revela-se oportuna sua aplicação efetiva, nos moldes visados pelo constituinte, e, sendo incabível eventual reformulação formal, o texto simplesmente permanece inerte.<sup>171</sup> Diante disso, vê-se que o problema em análise é “político-jurídico-constitucional”, por ser, ao mesmo tempo, político e normativo.<sup>172</sup> Contudo, neste trabalho, os fatores que levam o legislador a permanecer inerte em relação a seu múnus não serão propriamente objeto do estudo, devendo-se apenas salientar que a ausência da atividade legiferante inviabiliza a efetiva aplicação e realização do texto constitucional, acarretando, por vezes, prejuízo a terceiros. Isso, em contrapartida, pode importar o reconhecimento da responsabilidade do Estado Legislador pela caracterização da omissão inconstitucional.

Diante disso tudo, denota-se que o texto constitucional, ao assentar os objetivos do Estado, bem assim as diretrizes políticas deste, vincula todos os Poderes do Estado, inclusive o Legislativo, justamente em virtude da expressiva quantidade de normas programáticas pendentes de regulamentação.<sup>173</sup> Por consequência, eventual liberalidade ou tolerância em relação à ausência de atuação legislativa necessária para tal fim causaria uma ruptura do próprio sistema constitucional, violando a ideia de supremacia do texto maior.<sup>174</sup> É justamente por tal razão que Karl Loewenstein, por exemplo, sustenta que a perda de prestígio da Constituição

---

<sup>169</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 188.

<sup>170</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 361.

<sup>171</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. pp. 228-229.

<sup>172</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 362.

<sup>173</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 45-46.

<sup>174</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21.

escrita, mesmo nos países com tradição normativa (como é o caso do Brasil), é resultado da sua inobservância pelos detentores de poder, assim como da indiferença de seus destinatários, o que, por sua vez, pode implicar atrofia da consciência constitucional.<sup>175</sup>

Aliás, a inércia legislativa torna a Constituição, por vezes, letra morta, porquanto deixa de transpor os ideais, valores e princípios predominantes quando da elaboração do texto constitucional.<sup>176</sup> E, representando a vontade política do povo, a Constituição manifesta a consciência e os ideais da sociedade, razão pela qual deve ser efetivamente observada, tanto pelos seus destinatários, quanto pelos detentores do poder estatal, incluindo-se, certamente, o legislador,<sup>177</sup> ao qual compete, especialmente, a tarefa de construção do Estado constitucional, emprestando “conformação à realidade social”.<sup>178</sup> Assim, somente se as tarefas impostas pela Constituição forem efetivamente cumpridas é que ela se transformará em “força ativa”, conforme sustenta Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).<sup>179</sup>

Dessa maneira, pode-se afirmar que, para fins deste estudo, a omissão juridicamente relevante, apta a ensejar o reconhecimento de omissão inconstitucional (e suscetível, portanto, de gerar o dever de indenizar do Estado), deve ser aferida com base em diversos pressupostos, acima abordados. Em suma, é necessário (1) que o não cumprimento da Constituição derive de norma certa e determinada; (2) que se trate de norma não exequível por si mesma, isto é, que se refira a uma norma de eficácia limitada (pressupondo, portanto, atividade legislativa posterior que lhe complete sentido, na medida em que desprovida de aplicabilidade imediata e integral); e, por fim, (3) que, a despeito da existência de imposição concreta de legislar, o

<sup>175</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. pp. 222-223.

<sup>176</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 232.

<sup>177</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 356.

<sup>178</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1236.

<sup>179</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

legislador permaneça inerte. Lançadas tais considerações, passa-se a abordar a questão relativa ao momento em que resulta caracterizada a omissão inconstitucional.

## 7.2 MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Como visto, a inconstitucionalidade por omissão caracteriza-se quando o Poder Público, obrigado por determinada norma impositiva constitucional à prática de ato ou atividade sob certas condições, não o faz, não o faz em tempo razoável, ou não o faz nos termos exigidos, resultando consequências desse comportamento.<sup>180</sup> Por vezes, contudo, a Constituição não fixa prazo para prática dos atos legislativos necessários para torná-la de fato efetiva e aplicável, nos termos visados pelo constituinte. Por isso, é necessário analisar em que momento a inércia do legislador passa a configurar uma omissão inconstitucional.

Nesse contexto, duas hipóteses devem ser examinadas: (1) quando a Constituição delimita um prazo para que o comando constitucional seja implementado; e (2) quando a Constituição não prevê qualquer espaço temporal para implementação das medidas pertinentes.<sup>181</sup>

Na primeira situação, de menor complexidade teórica, a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando verificado o escoamento do prazo previsto pela Constituição sem que o Poder Público tenha adotado qualquer medida para implementação do comando constitucional. A omissão inconstitucional, nesse sentido, configura-se em havendo a inércia do legislador após o decurso do prazo previsto pelo preceito constitucional. Por consequência, durante o curso do prazo previsto pela norma em questão, não há falar em inconstitucionalidade, pois se considera que o prazo razoável para elaboração da norma foi fixado pelo próprio constituinte.<sup>182 e 183</sup>

<sup>180</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II. pp. 393-394.

<sup>181</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136.

<sup>182</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94. A autora cita como exemplos de casos em que há delimitação de prazo para a prática do ato as hipóteses previstas nos artigos 12, 20, 48 e 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

<sup>183</sup> Saliente-se que o próprio STF já assinalou entendimento no sentido de que o decurso do prazo previsto no texto constitucional é suficiente para ensejar o reconhecimento da omissão juridicamente relevante. Nesse sentido: Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, "hic et nunc", de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente



A segunda situação, por sua vez, diz respeito à hipótese em que, *a priori*, inexistente um tempo delimitado pelo constituinte para elaboração da norma. Nesse caso, deve-se analisar o momento de configuração da inconstitucionalidade por omissão com base em um “prazo razoável”, examinado à luz de “elementos e fatores sociais, históricos e valorativos”,<sup>184</sup> isto é, a partir de um exame concreto do mundo em que se opera o Direito.<sup>185</sup> Assim, o referido prazo razoável é obtido pelo intérprete por meio da utilização de conhecimentos adquiridos pela sua experiência.<sup>186</sup> Destaque-se, entretanto, que o fator “tempo” ou “prazo” não é o único critério para se determinar o momento em que resulta caracterizada a omissão inconstitucional: é indispensável averiguar, ainda, a importância da medida não realizada, bem assim sua implicação na aplicação das normas constitucionais.<sup>187</sup>

É importante referir que, relativamente a essa última situação (isto é, quanto às omissões que não se sujeitam a prazo fixado pela Constituição), merece destaque o tema referente às chamadas “lacunas técnicas” ou “lacunas de legislação”, que, a princípio, dizem respeito a meras “situações constitucionais imperfeitas”, porém, eventualmente, podem configurar uma omissão inconstitucional. Embora as lacunas jurídicas possam ser desejadas pelo constituinte – e, portanto, compatíveis com o plano constitucional –, havendo extrapolação de um lapso temporal razoável sem atuação do Legislativo, tais lacunas convertem-se em omissões inconstitucionais, de modo que o tempo é considerado como sendo um elemento adicional que

---

na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. [...] (grifou-se) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção 562/RS**. Impetrantes: Avelino Iost e outros. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Brasília, 20.02.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81866>>. Acesso em: 30 out. 2018).

<sup>184</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.

<sup>185</sup> SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho**. 3. ed. México: Porrúa, 1980. p. 287.

<sup>186</sup> Por conta disso, sustenta Jorge Miranda que “o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido [...]; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II. pp. 406-407).

<sup>187</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 367. No mesmo sentido refere André Puccinelli Júnior que “inexistindo uma convicção apriorística em torno do conceito de ‘prazo razoável’, caberá ao intérprete precisar-lhe o alcance à vista dos valores constitucionais afetados e do âmbito de incidência da norma ineficaz. Assim, é lícito concluir que a maior relevância da matéria constitucional minimiza a extensão do lapso concedido ao legislador.” (PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137).

caracteriza, nesses casos, a inconstitucionalidade por omissão.<sup>188</sup> Justamente em razão disso, Paulo Eduardo Garrido Modesto salienta que a inconstitucionalidade por omissão manifesta-se como

a) uma violação a uma “ordem de legislar ou integrar” (obrigação institucional especial ou *stricto sensu*), nos casos em que se assinala “prazo” para a atividade regulamentadora ou concretizadora, e b) um “agravamento” da situação constitucional imperfeita, nos casos em que não for mais “razoável” a inércia ou o apelo à discricionariedade política do Poder omissor, isto é, quando não for mais possível aceitar escusa à edição de norma regulamentadora ou execução de medida faltante baseada no juízo de oportunidade e conveniência do Poder omissor.<sup>189</sup>

Deve-se salientar, ainda, que, no que se refere às normas de princípio institutivo – isto é, aquelas que fixam órgãos ou preveem sua criação e funcionamento –, a inércia legislativa se configura muito rapidamente, na medida em que a inexistência dessas normas diz com o próprio funcionamento do sistema constitucional.<sup>190</sup> Por outro lado, relativamente às normas programáticas, a caracterização da inércia inconstitucional não se demonstra tão evidente, sendo necessário, por conseguinte, que se lhe adotem mecanismos e providências para efetuar a exigida integração normativa com base em um lapso razoável.<sup>191</sup>

Constata-se, portanto, que o momento em que verificada a omissão inconstitucional tem especial relevância, uma vez que, caso o Poder Público não dispusesse de determinado limite temporal para emanar atos integrativos necessários à realização efetiva dos comandos constitucionais, a Constituição resultaria desprovida de eficácia.<sup>192</sup> E, na tarefa de delimitar o “prazo razoável”, o julgador pode e deve se valer do princípio da proporcionalidade, tendo por base a busca pela maior efetividade das normas constitucionais e do menor sacrifício do cidadão, sem inviabilizar, em contrapartida, o exercício do múnus legislativo, determinando um prazo extremamente exíguo para tal fim.<sup>193</sup>

<sup>188</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 325-326.

<sup>189</sup> MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991. p. 120.

<sup>190</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 220.

<sup>191</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 221.

<sup>192</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 367.

<sup>193</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

## 7.3 CLASSIFICAÇÃO DA OMISSÃO

### 7.3.1 Omissão total e omissão parcial

Como referido, a inconstitucionalidade por omissão não ocorre tão somente quando há falta de ação, mas também quando há falta de ação nos termos exigidos pelo comando constitucional. No contexto, pode-se classificar a omissão legislativa em omissão total e omissão parcial.

A inconstitucionalidade por omissão é total quando não há qualquer medida legislativa ou de outra natureza necessária para que a norma constitucional seja cumprida, correspondendo, nesse sentido, a uma inércia total do legislador,<sup>194</sup> “um não atuar o devido”.<sup>195</sup> É parcial, por outro lado, quando, embora o legislador não tenha se mantido silente, a atividade foi desempenhada de maneira deficiente ou insuficiente, restando o comando constitucional falho no que diz respeito a algum de seus aspectos ou destinatários, situação que corresponde a “um não atuar completamente o devido”.<sup>196 e 197</sup>

Disso se depreende que a violação ao dever de legislar refere-se não só a quando o legislador não emana qualquer preceito imposto pela norma constitucional (omissão total), mas também quando o ato legiferante emanado favorece alguns grupos, esquecendo-se de outros, ou ainda, quando exclui expressamente um grupo de pessoas, total ou parcialmente, de vantagens atribuídas a outros (omissão parcial).<sup>198</sup> Assim, a inconstitucionalidade por omissão parcial se reconduz a uma inconstitucionalidade por ação, na medida em que a norma em questão contradiz o sentido da Constituição, destinando tratamento favorável ou desfavorável a certas pessoas e não a outras em situação similar ou idêntica.<sup>199</sup> Constata-se, dessa maneira, que o problema da omissão parcial se relaciona com o princípio da igualdade, justamente porque a falta de ação nos termos exigidos por uma norma constitucional acaba por privilegiar

<sup>194</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

<sup>195</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327.

<sup>196</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327.

<sup>197</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 334.

<sup>198</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. pp. 333-334.

<sup>199</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II. p. 407.

determinados grupos de indivíduos, destinando-lhes vantagens não contempladas a outras pessoas, ainda que em situação idêntica ou semelhante.<sup>200</sup>

Consequentemente, no que tange à omissão parcial, é possível afirmar que, tratando-se o problema de concretização do princípio da igualdade, o comportamento do legislador pode consistir tanto em um ato comissivo (quando exclui arbitrária e expressamente determinados grupos das vantagens abarcadas pela lei), quanto em um ato omissivo (quando a lei emanada contempla positivamente alguns grupos, deixando de fazê-lo em relação a outros, por esquecimento).<sup>201</sup> Por conta disso, há uma interpenetração das ações de inconstitucionalidade por ação e omissão,<sup>202</sup> na medida em que, caracterizada a inconstitucionalidade por omissão parcial, os tribunais podem ou declarar a inconstitucionalidade da norma por ação, por violadora do princípio da igualdade, ou, na perspectiva de que houve omissão inconstitucional, estender seu âmbito normativo, a fim de incluir os grupos não contemplados pela norma, observando, assim, o princípio da igualdade.<sup>203</sup>

É de se destacar, contudo, que, para Canotilho, a despeito de a omissão juridicamente relevante ser aferida não só em face de um omitir (esquecimento involuntário do legislador), mas também em face de um fazer (exclusão deliberada do legislador), seria inadequado simplesmente definir o dever normativo do legislador sob a perspectiva processualmente mais vantajosa. Para ele, portanto, o controle das omissões deveria ser reduzido a um “não fazer”, abarcando somente as omissões parciais relativas aos casos de exclusão não proposital de concessão de vantagens legais, ao passo que as omissões parciais decorrentes da deliberada

---

<sup>200</sup> Sobre o assunto, esclarece Flávia Piovesan que “a omissão legislativa parcial ocorre especialmente quando leis de cumprimento da Constituição favorecem certos grupos, esquecendo outros, o que importa na exclusão constitucional de vantagens. Caracteriza-se, assim, a omissão legislativa parcial, dado que o legislador tem o dever de tornar exequível o direito constitucional, em prol do princípio da igualdade, o que justifica o alargamento da solução legal a outras categorias de cidadãos. Nesta perspectiva, a omissão deve ser concebida no ângulo material e não meramente formal, ou seja, a violação ao princípio da igualdade implica na inconstitucionalidade por omissão.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97). No mesmo sentido, destaca Clèmerson Merlin Clève: “porque a hipótese do ‘não concretizar completamente uma imposição constitucional’ pode sinalizar o ingresso no reino do ‘não favorecimento arbitrário’ ou da ‘exclusão inconstitucional de vantagem’, ou da ‘exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia’” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327).

<sup>201</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 334.

<sup>202</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II. p. 407.

<sup>203</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.

intenção do legislador em favorecer certas pessoas, grupos ou situações, haveriam de ser reconhecidas como hipóteses de inconstitucionalidade por ação.<sup>204</sup>

No Brasil, todavia, a problemática atinente à omissão parcial guarda intensa relação com a discussão a respeito da fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o objeto de qualquer uma das ações é a pretensão de ver declarada a inconstitucionalidade da norma em virtude de sua incompletude.<sup>205 e 206</sup> Aliás, a complexidade da matéria não se resume tão somente a questões processuais, envolvendo, especialmente, discussão a respeito da competência do Poder Judiciário em oferecer respostas a tais omissões, e ensejando, inclusive, debate em relação a eventual violação ao princípio da separação dos poderes.<sup>207</sup> O tema, contudo, de inequívoca complexidade, afasta-se deveras do propósito deste trabalho, razão pela qual será apenas sucintamente abordado.

### 7.3.2 Omissão formal e omissão material

Por vezes, as omissões formais e materiais não são diferenciadas pela doutrina das omissões totais e parciais, respectivamente. Isso porque, não obstante se defina a inércia legislativa conceitualmente de modo diverso, a omissão total tem correspondência com o campo conceitual da omissão formal, e a omissão material, por sua vez, explora o mesmo campo conceitual da omissão parcial.<sup>208</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, no particular, refere que quem

<sup>204</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. pp. 334-335.

<sup>205</sup> Sobre o tema, destaca Gilmar Ferreira Mendes que “Dado que no caso de uma omissão parcial existe uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato. Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 385). Esclarece, ainda, o autor que “Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.” (p. 387).

<sup>206</sup> Nesse sentido, veja-se julgado do STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/DF**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24.02.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>207</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 140-141.

<sup>208</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 328.

parte de um conceito puramente naturalístico-formal de omissão, não reconhece as hipóteses de omissão parcial como casos de omissões legislativas, na medida em que, nestes, há uma conduta positiva, e a omissão, do ponto de vista naturalístico-formal, consiste em um “não atuar”.<sup>209</sup>

A omissão formal, à semelhança da total, é definida como sendo a ausência integral (falta) relativa a um desencadear do processo de formação de lei integradora, ao passo que a omissão material, como a parcial, diz respeito não à total inércia quanto ao processo legislativo, mas à falha deste, que, embora iniciado, implica ofensa ao texto constitucional, violando o princípio da isonomia (ao excluir determinado grupo de um benefício sem que existissem razões para tanto, ou ao favorecer algum deles arbitrariamente).<sup>210</sup> Justamente por isso, a diferença da terminologia empregada não representa propriamente distinção no campo de análise da omissão.

### 7.3.3 Omissão absoluta e omissão relativa

Outra classificação importante diz respeito à diferença entre as omissões absolutas e as omissões relativas. As omissões absolutas decorrem de um dever autônomo de legislar, no sentido de que o legislador, nesses casos, não poderia ter se mantido inerte, e, tendo-o feito, acabou por afrontar a Constituição. De outra parte, nas omissões relativas, não há propriamente uma ordem de legislar, e, por conta disso, a simples inação do legislador não resulta necessariamente em afronta ao texto constitucional, que, diversamente, resulta violado quando, atuando, o legislador ofende o princípio da isonomia.<sup>211</sup>

Vê-se, nesse sentido, que, quanto às omissões absolutas, o legislador não poderia ter se mantido inerte sem que houvesse ofensa à Constituição, podendo fazê-lo, contudo, em relação às omissões relativas. Daí por que se depreende que as omissões totais e formais dizem respeito

---

<sup>209</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 334. A respeito, esclarece também o autor que, ao se conceituar a omissão como um simples não atuar, “(1) não se possibilita a definição de uma omissão legislativa constitucionalmente relevante, dado que esta só pode entender-se como não cumprimento de imposições constitucionais concretas; (2) no caso das omissões legislativas parciais, [...] não distingue entre uma acção legislativa que pode ser constitucionalmente correcta e um não fazer inconstitucional.” (p. 334)

<sup>210</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 328.

<sup>211</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 335.

a uma omissão absoluta, porquanto resultam do descumprimento autônomo de legislar,<sup>212</sup> ao passo que as omissões parciais e materiais podem dizer respeito a uma omissão relativa ou absoluta, dependendo do fato de decorrerem ou “da não suficiente satisfação de um dever autônomo de legislar” (omissão absoluta) ou “do descumprimento da cláusula geral da isonomia” (omissão relativa).<sup>213</sup>

#### 7.3.4 Infração omissiva própria e infração omissiva imprópria

Propriamente no âmbito do direito administrativo e referindo-se especificamente ao tema da responsabilidade extracontratual do Estado por omissão legislativa, destaca-se uma última classificação, proposta por Marçal Justen Filho, que diferencia as omissões legislativas em infrações omissivas próprias e em infrações omissivas impróprias.

A primeira refere-se à situação em que há um dever jurídico de produzir a lei, pelo que a omissão, consistindo em ausência de exercício da competência legislativa predeterminada pela Constituição, configura infração à própria ordem jurídica. A segunda, por outro lado, trata da hipótese em que a norma jurídica não qualifica a conduta do Poder Público como sendo obrigatória, de modo que, para fins de responsabilização estatal, considera-se imprescindível a comprovação de violação a dever de diligência.<sup>214</sup> Segundo o autor, em tais hipóteses, o problema reside na avaliação das perdas e danos.

### 7.4 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Analizadas as formas de classificação da omissão legislativa inconstitucional, passa-se a abordar as técnicas de fiscalização – abstrata e concreta – da inconstitucionalidade por

<sup>212</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 328.

<sup>213</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 328. Nesse mesmo sentido, refere José Joaquim Gomes Canotilho que “a relevância jurídica das omissões relativas implica a caracterização constitucional concreta do princípio da igualdade ou das suas várias concretizações: caso se verifique um dever legislativo concreto, então, na hipótese de actos legiferantes, violadores da igualdade, pode isolar-se, da regulação positiva, a omissão inconstitucional, e contra esta dirigir a censura jurídico-constitucional; caso se entenda existir apenas uma ‘omissão aparente’, deve a regularidade constitucional do comportamento legiferante, centrar-se exclusivamente no acto positivo de regulação. O problema é, pois, o da verdadeira natureza jurídico-constitucional da exigência da igualdade.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 336).

<sup>214</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1220.

omissão, na medida em que imprescindíveis para configuração da mora legislativa e, por conseguinte, para eventual responsabilização do Estado Legislador.

Se, de um lado, o tema da inconstitucionalidade por omissão ainda tem sido objeto de profundos debates – não obstante a clara evolução ao longo dos anos –, de outro lado, o tópico referente às técnicas introduzidas pelo sistema jurídico para sanção do problema em questão não configura situação muito diversa.

A problemática da omissão inconstitucional constitui certamente um dos mais tormentosos temas do direito constitucional moderno, envolvendo não somente questões atinentes à concretização da Constituição pelo agente legislativo e à eficácia das normas constitucionais, mas também concernentes à solução do problema pelo jurista, sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.<sup>215</sup> Nesse contexto, ganham destaque instrumentos processuais constitucionais que objetivam justamente resolver o problema da inconstitucionalidade por omissão.

Saliente-se, de início, que, neste estudo, somente foram analisadas as técnicas estritamente jurídicas de proteção contra as omissões normativas, e não as jurídico-políticas, como é o caso da iniciativa popular. Por conta disso, os instrumentos jurídicos de fiscalização da omissão inconstitucional, examinados no presente trabalho, referem-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) – que é técnica do controle abstrato da omissão inconstitucional –, e ao mandado de injunção (MI) – que, por sua vez, é técnica de fiscalização concreta de constitucionalidade, pois consiste em remédio constitucional disponível ao cidadão para a defesa de direito ameaçado pela falta de norma regulamentadora.

A introdução no sistema de mecanismos aptos a controlar as omissões da atividade legislativa decorreu do próprio perfil da Constituição Brasileira de 1988, a partir da qual se desenvolveram institutos capazes de dar conta não somente de eventual violação à Constituição pela prática de atos comissivos, mas também pela prática de atos omissivos.<sup>216</sup> Isso, aliás, deve-se em especial ao fato de a Constituição de 1988 ter objetivado conferir aplicabilidade imediata a seus preceitos, mormente em relação àqueles que definem direitos e garantias fundamentais,<sup>217</sup> justificando, dessa maneira, a criação dos instrumentos jurídicos de controle da omissão inconstitucional abordados a seguir.

---

<sup>215</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1230.

<sup>216</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 312-313.

<sup>217</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.



Destaque-se, quanto ao ponto, que o principal problema envolvendo as técnicas de controle da omissão inconstitucional ora em exame diz respeito sobretudo à questão atinente ao princípio da separação dos poderes, na medida em que, independentemente se a ação visa genericamente (ADO) ou para o caso específico (MI) a suprir a omissão inconstitucional, o julgador pode aparentar deter papel de legislador positivo. No entanto, é evidente que se admitir a existência de remédios voltados à superação da omissão inconstitucional não implica aceitar que o juiz deve substituir-se ou sub-rogar-se no papel do legislador, já que aquele sequer dispõe de legitimidade ou capacidade para o exercício do múnus legislativo.<sup>218</sup>

Ademais, a própria Constituição, em seu art. 102,<sup>219</sup> outorgou ao Poder Judiciário a função de intérprete de suas normas, não objetivando com isso atribuir a este o poder de legislar, mas sim o de permitir que, em caso de incompatibilidade da atividade legiferante para com a Constituição, o Poder Judiciário possa efetivar a Constituição e torná-la operativa, seja invalidando atos legislativos inconstitucionais, seja suprimindo eventual omissão legislativa inconstitucional.<sup>220</sup> À vista disso, a atuação supletiva do Poder Judiciário somente se dá em havendo a necessidade de intervenção judicial, conforme haja o descumprimento de incumbência imposta constitucionalmente aos outros poderes do Estado.

Não se ignora, portanto, a existência de debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário em se imiscuir na atividade do Poder Legislativo. Contudo, no presente trabalho, não se pretende analisar se as técnicas jurídicas de solução da omissão legislativa demonstram-se as mais adequadas no atual estágio do direito brasileiro, limitando-se à abordagem quanto aos efeitos do reconhecimento da omissão inconstitucional em cada uma das ações (ADO e MI) e à repercussão sobre uma eventual responsabilização do Estado Legislador em razão dos prejuízos obtidos pela inércia legislativa. Não se pretende, por conseguinte, realizar um estudo analítico a respeito da ADO e do MI, mas tão somente expor elementos conceituais mais básicos acerca do tema.

---

<sup>218</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 329-330.

<sup>219</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...].

<sup>220</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

### 7.4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi introduzida no sistema jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, encontrando fundamento em seu art. 103, §2º. O procedimento da ação é ainda regulamentado pelos arts. 12-A a 12-H, da Lei n. 9.868/1999,<sup>221</sup> incluídos pela Lei n. 12.063/2009.<sup>222</sup> O art. 103, §2º, da CF, assim preceitua:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Verifica-se do referido dispositivo que a Constituição Brasileira reconheceu que o seu descumprimento pode ocorrer não só quando o Poder Público age em desconformidade com os preceitos constitucionais, mas também quando se mantém inerte, omitindo-se no cumprimento de suas normas quando necessário para sua real aplicação e concretização.<sup>223</sup> Em virtude disso, introduziu no sistema instrumento processual com o escopo de permitir que a norma constitucional obtenha eficácia plena, produzindo todos os efeitos visados pelo constituinte, e obstando que a ausência da atividade legislativa consista em entrave para o exercício de direitos constitucionalmente assegurados.<sup>224 e 225</sup>

A ADO, nesse sentido, refere-se à técnica do controle concentrado de constitucionalidade, e, portanto, constitui instrumento do “processo objetivo”, pois tem por fim não a defesa de um direito subjetivo (isto é, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo), mas sim a defesa da própria Constituição, na sua integralidade.<sup>226</sup> Assim

<sup>221</sup> BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>222</sup> BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>223</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 355.

<sup>224</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 169.

<sup>225</sup> Daí por que salienta Michel Temer: “A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Ou seja, nenhuma norma constitucional deixará de alcançar a eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a *inação* (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da *inação* para a ação; do descritivo para o realizado.” (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 52).

<sup>226</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 339-340.

sendo, a finalidade última desse instrumento do controle abstrato da omissão inconstitucional é justamente a de propiciar a colmatação das lacunas inconstitucionais, mediante um procedimento que declare a mora do poder omissor, o qual, cientificado da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão, deverá desencadear o processo de suprimento de tal lacuna.<sup>227</sup>

Por conta disso, a ação em exame prescinde da existência de vínculo com um caso concreto, referindo-se, em realidade, a um ato em tese, cuja finalidade, ao fim e ao cabo, é a de restabelecer a harmonia do sistema, em observância à Constituição, que resultou violada pela falta de atuação legislativa.<sup>228</sup> Daí por que os legitimados à propositura da ADO “agem não como autores, no sentido estritamente processual, mas como advogados do interesse público”.<sup>229</sup> E, no particular, são legitimados para propor a ADO os mesmos entes ou órgãos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), nos termos do art. 103, da CF,<sup>230</sup> c/c o art. 12-A, da Lei n. 9.868/1999.<sup>231</sup>

A respeito, oportuno destacar que o órgão competente para o julgamento da ADO é exclusivamente o Supremo Tribunal Federal, de modo que, diversamente do mandado de injunção – na sequência abordado neste estudo –, o sistema não prevê a competência dos outros órgãos do Poder Judiciário, para, na via de defesa ou de exceção, declararem a inconstitucionalidade por omissão.<sup>232</sup>

Além disso, a ação em apreço não se restringe às omissões legislativas, isto é, à falta de lei em sentido formal (que é justamente o objeto do presente estudo), mas a qualquer tipo de ato omissivo dos Poderes Públicos. Aliás, a própria terminologia empregada pelo constituinte no §2º, do art. 103 da CF, parece indicar que a ADO pretende atacar não só a atividade

<sup>227</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 112-113.

<sup>228</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 370-371.

<sup>229</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 375.

<sup>230</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>231</sup> Lei n. 9.868/1999. Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

<sup>232</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 372.

legislativa propriamente dita, mas também a administrativa que, eventualmente, afete a efetividade da Constituição.<sup>233</sup>

Tal posicionamento, entretanto, não é unânime, entendendo parcela da doutrina que, para a ADO, não há relevância a inconstitucionalidade por omissão decorrente da falta de atividade concreta ou material dos poderes públicos, como a organização de serviços ou a alocação de recursos, de modo que o objeto da ação diria unicamente a respeito de uma omissão que exija atuação normativa (providência, portanto, de cunho jurídico), e jamais de outra natureza.<sup>234</sup> Apesar disso, não há divergência quanto ao fato de que o objeto da ação pode consistir em qualquer ato que forme o processo legislativo, inclusive as leis de iniciativa reservada (caso, por exemplo, das hipóteses elencadas no art. 61, §1º, da CF)<sup>235</sup> – em que a omissão decorre da inatividade de órgão diverso –, e, por isso, podem fundamentar igualmente o ajuizamento da ADO (não obstante o destinatário da decisão emanada pelo STF, via de regra, seja o Poder Legislativo).<sup>236</sup>

De modo geral, entende-se por inadmissível ampla dilação probatória no âmbito da ADO. Porém, por vezes, pode ser necessária a realização da prova pericial ou instrução probatória que envolva matéria de fato, o que ocorre, principalmente, em se tratando de situações que envolvam omissão parcial.<sup>237</sup> Aliás, no que diz com a omissão parcial, questões relativas a que meio processual afigura-se adequado e ao tipo de decisão proferida pela Corte

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO** – comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 386-387.

<sup>234</sup> Refere Clèmerson Merlin Clève, todavia, que essa observação “não vale para os casos em que, embora a providência reclamada demande atividade material do Estado, a própria Constituição ordena a edição de lei dispondo sobre a política ou o plano de prestação da atividade. Aqui a ação de inconstitucionalidade por omissão guarda sentido.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 344-345). Continua o autor asseverando como exemplos os casos dos artigos 182, 187, 192, 194, 197 e 198, todos da Constituição Federal.

<sup>235</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

<sup>236</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 1236-1237.

<sup>237</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 340-341.

também são suscitadas, na medida em que as omissões parciais, violando o princípio da igualdade, podem decorrer tanto de atos voluntários quanto de atos involuntários do legislador.

Viu-se que, no caso das omissões parciais, é possível que o legislador tenha agido – ainda que deficientemente –, de modo que a afronta à Constituição também pode decorrer de uma conduta comissiva. Justamente por conta disso, questiona-se o cabimento da ADO, tendo em vista que a ofensa constitucional, nessas circunstâncias, seria, *a priori*, impugnável mediante a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

Quanto a isso, Clèmerson Merlin Clève argumenta que as omissões parciais decorrentes de violação voluntária ao princípio da igualdade desafiam, desde logo, a inconstitucionalidade por ação.<sup>238</sup> Circunstância diversa ocorreria quando a afronta ao princípio da igualdade derivasse de um ato inconsciente ou involuntário do legislador, como quando este se “esquece” de incluir determinado grupo na mesma situação na norma que concede um benefício a um segmento em específico, quando o deveria ter feito.<sup>239</sup> Ocorre que, em tais situações, eventual declaração de nulidade, mediante a cassação da norma inconstitucional, não solucionaria o problema da omissão parcial, pois apenas suprimiria a vantagem concedida lícitamente a determinados grupos, impedindo a extensão do benefício a outros setores.<sup>240</sup> Por conseguinte, relativamente aos casos de omissão parcial, a declaração da nulidade da norma pode não ser técnica adequada para a eliminação da inconstitucionalidade.

Nada obstante, como referido anteriormente, essa dificuldade em se determinar se a violação à Constituição decorreu de uma ação ou de uma omissão traz à tona a relativização do significado processual-constitucional de tais instrumentos, reconhecendo-se, nesse contexto, a fungibilidade entre a ADI e a ADO.<sup>241 e 242</sup>

<sup>238</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 351.

<sup>239</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 351.

<sup>240</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 540.

<sup>241</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 538-539. Os autores destacam que “a despeito do entendimento quanto à natureza diversa da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pelo menos quanto ao resultado, o STF até pouco tempo não distinguia os institutos no que concerne à sua autonomia processual, contemplando a ação direta de inconstitucionalidade por omissão na mesma lista numérica das ações diretas em geral [...]. Somente em 2009 foi editada resolução que corrigiu o problema. Daí a dificuldade para o estudioso de identificar até mesmo o número de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão já propostas.” (p. 530).

<sup>242</sup> Nesse sentido: Ementa: I. PROCESSO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL PARA PROPOR ADI. CRITÉRIO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. II. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE SUBSÍDIO. DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ANTERIOR. CONSTITUCIONALIDADE. [...]. 2. Quando se alega uma omissão

No que concerne aos efeitos da decisão, saliente-se que, regra geral, a sentença que declara a inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*. Contudo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, a Lei n. 9.868/1999, em seu art. 27,<sup>243</sup> permitiu ao STF proferir decisão de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, de modo a declarar a inconstitucionalidade da situação normativa sem a pronúncia de nulidade.<sup>244</sup> E isso, por exemplo, justifica-se nas hipóteses de omissão parcial. Ademais, a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão é dotada de efeito vinculante e possui eficácia *erga omnes*, ou seja, aproveita a todos.<sup>245</sup>

Ao final, declarando a inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal reconhece a existência da mora legislativa e dá ciência da decisão ao órgão inerte para que empreenda as medidas pertinentes. Quanto a isso, em se tratando de omissão de órgão administrativo, a execução da ordem judicial deve observar o prazo de 30 dias (art. 103, §2º, da CF)<sup>246</sup> – ou prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente (art. 12-H, §1º, da Lei n. 9.868/1999)<sup>247</sup> –,

---

inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente. Essas hipóteses se situam em uma zona de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, evidenciando a relativa fungibilidade entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas. Por isso, é possível a cumulação de pedidos alternativos de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.079/ES**. Requerente: Confederação Nacional dos trabalhadores em educação – CNTE. Requeridos: Governador do Estado do Espírito Santo e Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 26.02.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8351074>>. Acesso em: 9 nov. 2018); Ementa: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. [...]. Omissão inconstitucional de caráter parcial. [...]. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/DF**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24.02.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 30 out. 2018).<sup>243</sup> Lei n. 9.868/1999. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>244</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 587-589.

<sup>245</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1249.

<sup>246</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 103, §2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>247</sup> Lei n. 9.868/1999. Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º. Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

diversamente do que ocorre relativamente à omissão legislativa, em que o constituinte sequer previu genericamente prazo para que fosse sanada a omissão.<sup>248</sup>

Por conta disso, há quem afirme que a sentença proferida no âmbito da ADO tem natureza declaratória, uma vez que se limita a declarar a inconstitucionalidade por omissão, sem que o Tribunal possa supri-la, ou pronunciar-se acerca do modo pelo qual a omissão legislativa pode ser superada.<sup>249</sup> A despeito disso, cabe salientar que o STF, em sede do julgamento da ADI 3.682, além de reconhecer a mora do Legislativo, determinou fosse observado o prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional disciplinasse as relações imperfeitas derivadas da omissão legislativa, e afirmou, ainda, que a sentença teria caráter mandamental, na medida em que determina ao legislador que elimine o estado de inconstitucionalidade em prazo determinado.<sup>250</sup> E, em recente julgado, novamente a Corte fixou prazo – agora de 12 (doze) meses – para que o Congresso Nacional sanasse a omissão.<sup>251</sup>

Apesar disso, não há como garantir que a decisão do Judiciário, que reconhece a inconstitucionalidade por omissão, será observada pelo poder omisso, procedendo à atividade legislativa no sentido de suprimir a norma faltante, tampouco há como imputar-lhe sanção por esse descumprimento.<sup>252</sup> Todavia, a inexistência de um sistema sancionatório no âmbito da ADO não impede a utilização de outros mecanismos similares, como é justamente o caso da ação de responsabilidade civil pela omissão legislativa, objeto deste estudo.

#### 7.4.2 Mandado de Injunção

Ao lado da técnica de controle abstrato da omissão (ADO), introduziu-se no sistema uma garantia constitucional com o qual se atribuiu ao particular a possibilidade de defesa de direitos contra a omissão legislativa: o mandado de injunção (MI). O instituto foi somente

<sup>248</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 554.

<sup>249</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

<sup>250</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682/MT**. Requerente: Assembléia Legislativa de Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 09.05.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

<sup>251</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25/DF**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

<sup>252</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 121-122.

regulamentado pela Lei n. 13.300/2016,<sup>253</sup> sendo “resultado de uma assimilação no plano legislativo de toda a construção jurisprudencial realizada pelo STF nos últimos anos”.<sup>254</sup>

Tal instrumento restou assentado no art. 5º, LXXI, da CF, assim referindo:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Como mencionado, o instituto em apreço desenvolveu seu processo histórico de evolução a partir da interpretação jurisprudencial desenvolvida pelo STF. E isso ocorreu especialmente quanto aos efeitos do *writ*. Inicialmente, a Corte adotava uma posição conservadora, denominada de “posição não concretista”, que entendia que a decisão emanada, reconhecendo a omissão legislativa, tinha como efeito mandamental tão somente o de comunicar o órgão moroso, ao argumento de que ao Poder Judiciário seria descabido atuar como legislador positivo, em virtude do princípio da separação de Poderes (art. 2º, da CF).<sup>255</sup>

Em situações mais pontuais, o STF chegou a adotar uma “posição concretista”, considerada mais moderna,<sup>256</sup> na medida em que, além de reconhecer a mora do poder omissor e comunicá-lo da omissão identificada, decide regulamentando a forma de aplicação do direito vindicado e permitindo, com isso, o exercício do direito, prerrogativa ou liberdade questionado na ação. Apesar disso, o posicionamento não concretista permaneceu inalterado na Corte até 2007, quando o STF optou por novo entendimento a respeito do instituto, reconhecendo a necessidade de atuação mais efetiva do Poder Judiciário, diante da insuficiência das decisões proferidas em sede de MI, em apenas fixar a mora do poder omissor.<sup>257</sup>

<sup>253</sup> BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>254</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 354.

<sup>255</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 351-352.

<sup>256</sup> Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 232/RJ**. Requerente: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 02.08.1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 10 nov. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 283/DF**. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt. Impetrados: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 20.03.1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 10 nov. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 543/DF**. Impetrantes: Renato Arantes Tinoco e outros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim. Brasília, 26.10.2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81863>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>257</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 352-353. A discussão acerca da natureza do mandado de injunção retornou quando o STF analisou o problema do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da



Esse remédio constitucional configura um instrumento de efetivação prática da disposição contida no §1º do art. 5º da CF, pois sua finalidade é conferir aplicabilidade imediata à norma constitucional que diga respeito aos direitos e prerrogativas previstos no art. 5º, LXXI, da CF.<sup>258</sup> Para o MI, entretanto, é necessária a existência de uma relação jurídica de causa e efeito – a causa, consistente na falta da norma regulamentadora; e o efeito, consistente na inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.<sup>259</sup>

Daí por que, embora, à semelhança da ADO, o MI busque a maior efetividade da Constituição, não se presta a solucionar problemas relativos ao controle abstrato da omissão, uma vez que se opera em um espaço delimitado por uma relação de causa-efeito, cujo nexo causal é determinante para eventual concessão do *writ*.<sup>260</sup> Dessa maneira, o interesse de agir é aferido com base na titularidade do bem reclamado, no sentido de se exigir que a sentença concessiva da injunção tenha para o impetrante uma utilidade direta.<sup>261</sup>

Neste particular, entretanto, saliente-se que, diferentemente da ADO, em que se demonstra necessária a existência de uma omissão inconstitucional (no sentido de exigir certo decurso de prazo sem atividade legislativa constitucionalmente imposta), isso é prescindível no MI: ainda que não haja transcorrido tempo suficiente para manifestação do Congresso Nacional quanto à elaboração da norma, tal mecanismo de fiscalização concreta da omissão inconstitucional pode ser utilizado, pois visa a proteger direitos constitucionais, inclusive contra meras lacunas técnicas.<sup>262</sup>

---

CF). Porém, pouco tempo antes, a Corte, examinando a omissão legislativa relativa à regulamentação do art. 40, §4º, da CF, que trata da aposentadoria especial dos servidores públicos, já havia decidido por aplicar analogicamente a legislação dos trabalhadores em geral, indicando, portanto, alteração de posicionamento já em momento anterior. (p. 353).

<sup>258</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 450.

<sup>259</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 134.

<sup>260</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 185-186.

<sup>261</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 451.

<sup>262</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 364-365. O autor menciona que “o mandado de injunção pode ser concedido sem a realização daquele pressuposto [a omissão inconstitucional]. Promulgada a Constituição de 1988, no dia seguinte inexistia ‘omissão inconstitucional’. Afinal, não havia transcorrido prazo suficiente para a manifestação do Congresso Nacional. Todavia, no dia 6 de outubro de 1988 já seria possível aforar mandado de injunção para a proteção de direito constitucional dependente de norma regulamentadora.” Nesse sentido também: MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991. p. 121.

Os diversos elementos que compõe o conceito desse remédio constitucional são objeto de dissenso doutrinário, e já a definição da expressão “norma regulamentadora”, constante do art. 5º, LXXI, da CF, não se afigura de concordância pacífica pelos juristas. Viu-se que muitas normas constitucionais exigem atividade legislativa ulterior, mediante integração normativa, que lhes complemente, e, com isso, permita-lhes a produção de todos os efeitos pretendidos pelo constituinte. Há casos, entretanto, que a norma constitucional, em vez de determinar um comando peremptório no sentido de obrigar o Poder Público a tal atividade, apenas supõe, pela sua indeterminação, a necessidade de posterior providência, sob pena de não poder ser aplicada.<sup>263</sup>

Por conta disso, afirma-se que a norma regulamentadora mencionada pelo inciso LXXI, do art. 5º, da CF, refere-se a “toda e qualquer medida para tornar efetiva a norma constitucional”, devendo-se, portanto, fazer uma interpretação sistemática da Constituição, no sentido de conferir à expressão a mais ampla eficácia possível, de modo a incluir em seu conceito não somente as leis complementares e ordinárias, mas também a produção de atos administrativos e atos materiais.<sup>264</sup> E, embora no conceito de “norma regulamentadora” incluam-se também a produção de atos administrativos e materiais, o objeto deste estudo, como visto, limita-se à omissão legislativa, razão pela qual o ponto não será melhor abordado.

Não obstante o intenso debate doutrinário acerca da ação constitucional em questão, a Lei n. 13.300/2016 procurou solucionar diversos problemas atinentes à matéria e trouxe importantes inovações, dentre elas concernentes ao processamento da ação e dos efeitos das decisões proferidas em seu âmbito. No particular, o tema do mandado de injunção, para o objetivo deste estudo, tem importância crucial no que se refere à questão da omissão parcial,

---

<sup>263</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 452. O autor cita como exemplo os casos do art. 5º, L, e do art. 196, ambos da CF.

<sup>264</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 135-136. No particular, contudo, importante salientar que a doutrina não é uníssona no sentido de admitir que o mandado de injunção alcança igualmente os atos materiais. Destaque-se, a respeito, o entendimento de Carlos Ari Sunfeld, que sustenta que “Se alguém não obtém vaga em hospital ou escola, não é por falta de norma regulamentando tais serviços, mas por falta de providências materiais necessárias ao seu oferecimento (destinação de verbas, licitação, contratação, concurso público, etc.). Essa falta de providências materiais não é suprável por mandado de injunção, que se destina a suprir a ausência de *norma regulamentadora* do direito, não de atos administrativos concretos (que não são regulamentadores). Contudo, tais direitos (acesso à escola e à saúde) são exigíveis, porque as normas que os definem têm aplicação imediata (5º, parágrafo único). Então, por meio das ações comuns pode-se obter a condenação do Estado [...]” (SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 5, p. 581-592, mai. 2011. p. 582). No mesmo sentido, entende Clèmerson Merlin Clève, que afirma que o conceito de norma regulamentadora não compreende os atos administrativos concretos. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 369).

que, como destacado anteriormente, consiste na hipótese em que há insuficiência ou deficiência do múnus legislativo, mormente observado quando há violação ao princípio da isonomia.

A questão, até pouco tempo, não se afigurava como sendo de concordância uníssona, na medida em que parte da doutrina entendia que, independentemente da inconstitucionalidade ou injustiça da norma, havendo regulamentação, incabível a utilização da injunção, que, diversamente, pressuporia a falta da norma regulamentadora propriamente dita. E o próprio STF já asseverou que, havendo lei preexistente na ordem jurídica, não se poderia falar em omissão, pois o fato de a norma não satisfazer os ditames constitucionais não se identificaria com a falta de norma regulamentadora, ensejando, no contexto, somente eventual controle de constitucionalidade tradicional.<sup>265</sup>

Por outro lado, parte da doutrina defendia que o MI seria cabível também em tais hipóteses, na medida em que a omissão legislativa, ao excluir determinados grupos do benefício previsto pela norma, seria equiparável à falta da norma regulamentadora, com que o cabimento do *writ* em apreço se justificaria para fins de estender a disciplina legal aos impetrantes excluídos da norma em questão.<sup>266</sup>

Em que pese a existência de tal divergência, com a promulgação da Lei n. 13.300/2016, previu-se, no art. 2º,<sup>267</sup> o cabimento do MI nos casos de omissão parcial da norma regulamentadora, razão pela qual, hoje, um dos temas mais discutidos em relação ao objeto do MI não se apresenta como tendo maiores divergências, admitindo-se plenamente a utilização do remédio também em tais circunstâncias.

A respeito, saliente-se que, no que concerne ao objeto do MI, embora não se desconheça da existência de mais de uma corrente doutrinária, procedendo a interpretações mais ampliativas e mais restritivas, opta-se, neste trabalho, pelo entendimento de que a ação não se restringe aos direitos constantes do título II da Constituição Federal, mas a quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas (estas, quando atinentes à nacionalidade, soberania e cidadania)

---

<sup>265</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção 79/DF**. Agravantes: Amleto Mosci e outros. Agravado: Presidente da República. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 02.08.1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81739>>. Acesso em: 10 nov. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção 81/DF**. Requerentes: Adeilson de Jesus Mota e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 20.04.1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325431>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>266</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 137.

<sup>267</sup> Lei n. 13.300/2016. Art. 2º. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

previstas em qualquer dispositivo constitucional, desde que não regulamentadas (total ou parcialmente).<sup>268</sup> Isso porque, conforme refere Luís Roberto Barroso, como “não há cláusula restritiva, estão abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais”.<sup>269</sup>

A legitimidade ativa do MI é muito mais ampla que a da ADO (reservada aos entes arroladas no rol taxativo previsto no art. 103, da CF), podendo ser impetrado, na via individual, por qualquer pessoa detentora de um direito abstratamente conferido pela Constituição e que esteja inviabilizado em razão da ausência de norma regulamentadora.<sup>270</sup> E, relativamente à modalidade coletiva do MI, os legitimados ativos se encontram elencados no art. 12, da Lei n. 13.300/2016.<sup>271</sup>

No que concerne aos efeitos do *writ*, embora a decisão concessiva do MI tenha eficácia subjetiva limitada às partes, pode o julgador conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, nos termos do que dispõe o art. 9º, §1º, da Lei n. 13.300/2016,<sup>272</sup> e, conforme determina o art. 11 da mesma lei,<sup>273</sup> a norma regulamentadora superveniente, exceto em sendo a aplicação imediata mais favorável ao impetrante, produzirá efeitos *ex nunc*.<sup>274</sup> E, no que diz respeito à competência para julgamento do MI, define-se em função do órgão ou autoridade responsável pela edição da norma faltante.<sup>275</sup>

<sup>268</sup> Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 451; PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 140; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 367.

<sup>269</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção - Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 1-13, jan. 1993. p. 3.

<sup>270</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 372.

<sup>271</sup> Lei n. 13.300/2016. Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

<sup>272</sup> Lei n. 13.300/2016. Art. 9º, § 1º. Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

<sup>273</sup> Lei n. 13.300/2016. Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

<sup>274</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 359 e p. 374.

<sup>275</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 362.

Por fim, oportuno sublinhar que, após longo debate doutrinário e jurisprudencial, a questão atinente ao alcance do MI foi definida pela Lei n. 13.300/2016, que, em seu art. 8º, optou por adotar a corrente “concretista intermediária”,<sup>276</sup> e <sup>277</sup> ao determinar que, ao se reconhecer a mora legislativa, a injunção será deferida para que se determine ao impetrante prazo razoável a fim de que este edite a norma regulamentadora faltante, de modo que, apenas na hipótese de persistência da mora é que o Poder Judiciário poderá viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada.

Verifica-se, diante disso, que, embora os instrumentos de controle da omissão inconstitucional examinados detenham inúmeras diferenças procedimentais, ambos têm finalidade semelhante e importância similar para efeitos de responsabilidade civil (o que se verá na sequência), na medida em que, em tais, a procedência da ação reconhece o estado de mora e, nesse sentido, o momento em que se configura a omissão inconstitucional.

---

<sup>276</sup> Na medida em que, de um lado, há uma proibição do Poder Judiciário de atuar como legislador positivo, em virtude do princípio da separação dos poderes (art. 2º, da CF), e, de outro, há um dever institucional-constitucional de viabilizar direitos constitucionalmente assegurados e inviabilizados pela ausência de atividade legislativa, a doutrina elaborou hipóteses de solução do problema em questão. Como destacado, no início, entendia-se pelo alcance limitado do MI, no sentido de que a decisão proferida em seu âmbito teria natureza meramente declaratória e ordenatória, sem que se pudesse determinar uma solução prática imediata ao exercício do direito pretendido na ação. Posteriormente, em virtude da insuficiência da medida, considerando que as decisões proferidas eram recorrentemente ignoradas pelo Congresso Nacional, em 2007, houve uma grande virada jurisprudencial e, a partir de então, a Corte Suprema determinou que a natureza da decisão proferida no MI seria mandamental, o que viabilizava fosse determinado o exercício imediato do direito pretendido pelo impetrante, mediante uma regulação provisória do direito (e, na medida em que a regulação era tão somente provisória, não se haveria falar em atividade legiferante do Judiciário). Com o advento da Lei n. 13.300/2016, essa questão restou esclarecida, pois, como mencionado, adotou, em seu art. 8º, a corrente concretista intermediária. (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 367-373).

<sup>277</sup> Viu-se que o tema mais sensível relativo ao mandado de injunção decorre do problema da separação dos poderes – o que se afigurava, como visto, como o principal fundamento da adoção do posicionamento não concretista, anteriormente adotado pelo STF. A respeito, é pertinente salientar a manifestação do Ministro Teori Zavascki, que, por ocasião da cerimônia de sanção da Lei n. 13.300/2016, referiu: “A importância da lei agora sancionada está justamente nisso: ela vem trazer disciplina a um domínio sensível das relações institucionais entre dois Poderes do Estado, aquele em que, devidamente autorizado pela Constituição, ao Poder Judiciário cumprirá, de certo modo, substituir-se ao Poder Legislativo, o que ocorrerá em especialíssimas situações e de modo provisório e temporário, e sem de forma alguma comprometer ou limitar a funcionalidade da atuação legislativa. Traçar os adequados limites a essa atuação jurisdicional dos Tribunais e, ao mesmo tempo, assegurar aos cidadãos a plenitude do exercício dos seus direitos e prerrogativas, eis aí o delicado caminho por que trafega a nova lei do mandado de injunção.”

(Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MANDADODEINJUNCAOsancao.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2018).

## 8 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA

Embora pacífico o entendimento no sentido de que a Administração Pública, em relação ao exercício do Poder Executivo, é responsável objetivamente por atos comissivos ou omissivos praticados por seus agentes que causem danos a terceiros,<sup>278</sup> o mesmo não ocorre relativamente à atividade legiferante do Estado, e, em especial, quanto à omissão de medidas legislativas.<sup>279</sup>

Com efeito, como visto, muitos dispositivos constitucionais ainda carecem de regulamentação, e, por conta disso, inviabilizam o exercício de inúmeros direitos, frustrando a expectativa de seus destinatários. Essa situação permanece em estado de inércia latente até que se edite a norma regulamentadora exigida para que a norma constitucional não autoaplicável em questão passe a surtir os efeitos jurídicos visados pelo constituinte.<sup>280</sup> Entretanto, assim como os demais Poderes do Estado, o Poder Legislativo, certamente, sujeita-se à ordem jurídica, circunstância, inclusive, que se pode extrair da análise do sistema de controle da omissão inconstitucional adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que prevê, como referido, dois instrumentos de importância crucial para o tema da omissão legislativa: (1) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e (2) o mandado de injunção.

Tais técnicas de controle da omissão inconstitucional, embora sejam, por si sós, incapazes de obrigar o legislador ao exercício do múnus legislativo, acarretam o reconhecimento da omissão e da mora do Poder Legislativo, ensejando, por conta disso, discussão a respeito da possibilidade de eventual responsabilização do Estado Legislador pelas perdas e danos sofridos por um particular em razão da inércia legislativa.

Viu-se, ao longo deste estudo, que a ADO, caso julgada procedente pelo STF, não assegura o efetivo cumprimento da norma constitucional pelo legislador, por importar tão somente a declaração de inconstitucionalidade por omissão e o reconhecimento da mora do poder omissor, objetivando, ao final, dar ciência à pessoa jurídica de direito público responsável pela omissão em questão para que adote as providências necessárias à concretização da norma faltante, conferindo-lhe a eficácia necessária para seu cumprimento.<sup>281</sup> De outra parte, em sede

---

<sup>278</sup> No ponto, entretanto, é pertinente relembrar o dissenso a respeito da espécie de responsabilidade quanto às condutas omissivas do Estado (veja-se: capítulo 3.1), embora, neste estudo, adote-se – pelas razões já explicitadas – uma única teoria para fins de responsabilização estatal, qual seja, a objetiva, seja para as condutas comissivas, seja para as condutas omissivas.

<sup>279</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225 e p. 238.

<sup>280</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243.

<sup>281</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 121.

de MI, não obstante possível, por vezes, intervenção do Poder Judiciário no sentido de assegurar o exercício de direitos e garantias que se encontram inviabilizados pela inexistência da norma regulamentadora, verificou-se que, à luz da teoria concretista intermediária, adotada na recente Lei n. 13.300/2016, o Judiciário apenas substituirá o Poder Legislativo de modo transitório e em caso de persistência da mora legislativa. Além disso, no MI, por se tratar de processo subjetivo, a eficácia da decisão se restringe às partes integrantes da lide (eficácia *inter partes*).

Daí por que a procedência da ação não garante que o Poder Legislativo irá, de fato, legislar, não havendo tampouco como imputar-lhe sanção pela persistência do silêncio transgressor, mormente considerando a ausência de alusão a prazo para suprimento da omissão inconstitucional, o que incentiva, por sua vez, a discricionariedade do Poder Legislativo quanto à regulamentação da norma.<sup>282 e 283</sup>

Todavia, a declaração judicial da mora do Legislativo implica também admitir a possibilidade de prejuízo a terceiros em virtude dessa inércia, de modo a justificar eventual responsabilização do Estado por conta do ato omissivo danoso. O reconhecimento judicial da omissão anuncia a falta do cumprimento do dever imposto ao Poder Público, autorizando-se, à vista do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF)<sup>284</sup>, o reconhecimento do dever de indenizar do Estado no caso concreto.

Isso porque, assim como a omissão do Estado Administrador, por vezes, pode ocasionar danos a terceiros, a omissão do Estado Legislador também o pode, e, em virtude disso, à semelhança do Poder Executivo, o Poder Legislativo deve ser passível de responsabilização. Refira-se, nesse contexto, que o art. 37, §6º, da CF, adotando a responsabilidade objetiva do Estado, não discriminou do vocábulo “agente” os legisladores, devendo-se reconhecer, por consequência, que também a eles o referido dispositivo constitucional possui aplicação.<sup>285</sup>

<sup>282</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 121-122.

<sup>283</sup> Contudo, é de se lembrar que o STF já exarou decisão em sede de ADO fixando prazo para o Congresso Nacional emitir a norma regulamentadora faltante, e, em caso de prolongada inércia, previu, ainda que provisoriamente, os efeitos dali decorrentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682/MT**. Requerente: Assembleia Legislativa de Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 09.05.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 4 nov. 2018; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25/DF**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 4 nov. 2018).

<sup>284</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>285</sup> Recorde-se, a respeito, que a Constituição substituiu a expressão “funcionários públicos” (utilizada na Constituição de 1967) por “agentes públicos”, que “é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação,

E, considerando que o STF (em sede de controle abstrato ou concreto) ou outro tribunal (em sede de controle concreto) não impõem sanção pela eventual permanência da mora, tampouco responsabilizam o órgão silente causador da inconstitucionalidade por omissão, limitando-se a atestar a violação à ordem constitucional,<sup>286</sup> há de se reconhecer a possibilidade da responsabilização civil do Estado Legislador por tais condutas omissivas, de modo a permitir que o destinatário do preceito constitucional faltante obtenha a reparação das perdas e danos porventura sofridos.

Aliás, é de se salientar que, embora a questão atinente à responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais não seja objeto de estudo deste trabalho, tais leis, caso acarretem danos a terceiros, importam, indubitavelmente, o dever de indenizar do Estado.<sup>287</sup> Entretanto, conforme assinalado anteriormente, não só um ato comissivo do legislador pode ser inconstitucional, mas também um ato omissivo, que ocorre quando este, permanecendo inerte em relação à sua atividade, deixa de editar norma regulamentadora imposta constitucionalmente dentro de um prazo definido pela própria Constituição ou, quando inexistente, dentro de um prazo considerado razoável para fazê-lo, configurando, por decorrência, uma omissão legislativa inconstitucional.

Todavia, percebe-se que, além dos pressupostos gerais necessários para fins de responsabilização estatal, analisados na primeira parte deste trabalho, revela-se imprescindível

---

ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, [...]” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 248-249). De igual maneira, refere Maria Emília Mendes Alcântara: “Não há que se indagar a que título essa função é exercida pelo agente público; o que importa é fixar a natureza do ato lesivo, se for decorrente de atividade estatal impõe-se o dever de indenizar.” (ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 25).

<sup>286</sup> Nesse sentido, salienta Flávia Piovesan que “a ordem constitucional, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, divorcia-se da sistemática tradicional de controle que permite eliminar, com eficiência, as inconstitucionalidades do sistema jurídico. Em prol, certamente, do princípio da separação dos poderes, acaba por comprometer o princípio da prevalência da Constituição.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125).

<sup>287</sup> Sobre o assunto, veja-se: CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 155; FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 330; CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 527; SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out. 1995. p. 36; CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. II. p. 623; LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. In: *Coleção História Constitucional Brasileira*. Prefácio de Roberto Rosas. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 164; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 330. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 441; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 831; etc.



a existência de outro pressuposto, qual seja, a inconstitucionalidade da omissão legislativa, que consiste, como visto, na inércia do Poder Público quanto a seu dever de atuação na edição da norma regulamentadora exigida pela Constituição. No particular, a questão que se deve analisar diz respeito sobretudo ao tema da omissão legislativa juridicamente relevante, que, como visto, embora seja objeto de maior discussão na área das ciências criminais, seu estudo pode ser aproveitado para a temática abordada neste trabalho. Entretanto, do ponto de vista constitucional-administrativo, é possível afirmar que o que fundamenta o reconhecimento de uma omissão juridicamente relevante guarda vinculação com a ideia de superioridade hierárquica formal e material das normas constitucionais perante as leis, bem assim da inequívoca distinção entre poder constituinte e poder constituído.<sup>288</sup>

Ademais, ressalte-se que a discricionariedade do legislador não é mais entendida como ilimitada, tanto que se constata a existência de um poder jurídico do cidadão em face do Estado, quando fixa um dever normativo do legislador à edição de leis,<sup>289</sup> e prevê, ainda, técnicas jurídicas de controle da omissão inconstitucional.

No contexto, é de se relembrar que, no sistema constitucional atual, que elenca o Estado como um ente protetor e intervencionista, o legislador, sem dúvidas, detém um dever de emanção de leis, não sendo mais livre para, a seu bel-prazer, decidir se irá editá-las ou não.<sup>290</sup> Por conta disso, caso o parlamentar se mantenha inerte, recusando-se a agir quando exigido pela norma impositiva, além de afrontar o direito constitucional objetivo, viola igualmente um direito individual do cidadão.<sup>291</sup> No particular, imperioso destacar as lições de Canotilho, que refere que

A natureza jurídico-constitucional das imposições legiferantes, a vinculação heteronomamente determinada do legislador e a caracterização do comportamento inconstitucional omissivo permitem já uma primeira conclusão: no Estado Constitucional Democrático o legislador está obrigado, normativo-constitucionalmente, à emanção das leis necessárias à concretização das imposições constitucionais.<sup>292</sup>

---

<sup>288</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 329.

<sup>289</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 342.

<sup>290</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Tradução de Eduardo Mendonça. In: SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165. p. 160.

<sup>291</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Tradução de Eduardo Mendonça. In: SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165. p. 163.

<sup>292</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 338.

Daí por que, em se observando a omissão legislativa inconstitucional, reconhece-se, por consequência, a violação por parte do legislador de uma norma cogente, imperativa e de observância compulsória, cuja inércia resulta a inviabilidade do exercício de direitos assegurados constitucionalmente, sendo forçoso admitir, diante disso, a possibilidade de um dano certo e passível de reparação.<sup>293 e 294</sup> Dessa maneira, a recomposição das perdas e danos pela pessoa jurídica pública responsável pela omissão legislativa afigura-se justamente como um mecanismo sancionatório pelo descumprimento do dever constitucional de emanção da lei.<sup>295 e 296</sup>

Por conta disso, uma vez declarada a inconstitucionalidade da omissão legislativa pelo Poder Judiciário, seja com eficácia *erga omnes* (em sede de controle abstrato), seja com eficácia *inter partes* (em sede de controle concreto), caberá ao particular lesado pleitear indenização por perdas e danos, visto que a decisão em questão implica o reconhecimento do ato ilícito praticado pelo Poder Público e, por isso, sujeita o Estado, enquanto causador do dano, a ressarcir-lo, nos termos do que dispõe o art. 37, §6º, da CF.<sup>297</sup> A jurisprudência já se manifestou nesse sentido por diversas vezes.<sup>298</sup> A sentença de procedência da ação, por sua vez, deve alcançar todo o

<sup>293</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 247.

<sup>294</sup> Destaque-se, por oportuno, que a configuração da omissão legislativa não implica reconhecer necessariamente a existência de danos a ensejar a responsabilidade do Estado legislador. Nesse sentido: Ementa: [...] EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO LEGISLATIVA. [...] 3. **O reconhecimento judicial de omissão legislativa em cumprir seu mister institucional em contrariedade a dispositivo constitucional não implica em reconhecer, de pleno direito, que durante o período de vigência do comando sem a edição da espécie legislativa houve violação ao patrimônio jurídico dos destinatários da norma, sob pena de restar caracterizada atípica hipótese de responsabilidade civil do Estado por ausência de ato legislativo.** [...] (grifou-se) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração em Agravo Regimental em Ação Cível Originária 792/PR**. Embargante: Estado de Santa Catarina. Embargado: União. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 01.09.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13588415>>. Acesso em: 30 nov. 2018).

<sup>295</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 248.

<sup>296</sup> Saliente-se, contudo, que “não é característico da sistemática de controle da constitucionalidade responsabilizar o órgão que cometeu a inconstitucionalidade. Isto é, a preocupação maior do controle não é atentar propriamente aos efeitos e consequências das inconstitucionalidades, mas, sim, efetivamente, eliminá-las, de modo a assegurar a prevalência e o cumprimento da Constituição.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 124).

<sup>297</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. pp. 171-172.

<sup>298</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2004.70.13.001362-2/PR**. Apelantes: União Federal; Fundação Nacional de Saúde – FUNASA; Maria Rita de Almeida e outros. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Relatora para Acórdão: Des. Federal Sílvia Maria Gonçalves Goraieb. Porto Alegre, 22.05.2007. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=1748364](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1748364)>. Acesso em: 30 nov. 2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2004.71.00.024456-7/RS**. Apelante: Vitor Alan de Freitas. Apelada: União Federal. Relator: Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior (convocado). Porto Alegre, 06.03.2006. Disponível em:

período a partir do momento em que consumada a mora do Poder Legislativo, produzindo, portanto, efeitos *ex tunc*.<sup>299</sup>

Entretanto, não obstante se defenda neste estudo a possibilidade de responsabilização do Estado Legislador pelas omissões legislativas inconstitucionais, deve-se salientar que há entendimento em sentido oposto, argumentando pela inviabilidade de o particular obter ressarcimento pelas perdas e danos decorrentes da omissão legislativa inconstitucional. No contexto, optou-se, neste trabalho, por expor os fundamentos adotados por Almiro do Couto e Silva, enquanto adverso ao reconhecimento do dever de reparar do Estado Legislador por condutas omissivas, os quais, de outra parte, foram refutados por Maurício Jorge Pereira da Mota, e que serão, a partir de agora, analisados isoladamente.

Com efeito, Almiro do Couto e Silva contesta a possibilidade de responsabilização estatal pelas omissões legislativas, considerando, basicamente, os seguintes argumentos: (1) a natureza política do controle de constitucionalidade e a prevalência nos sistemas jurídicos que admitem a inconstitucionalidade por omissão no sentido do não reconhecimento do direito à reparação em virtude da inércia legislativa; (2) a impossibilidade de se determinar o prejuízo obtido sem a existência de lei; e (3) a inviabilidade de a declaração de inconstitucionalidade operar efeitos *ex tunc*. Tais argumentos serão, na sequência, examinados.

O autor assevera que o controle de constitucionalidade tem natureza política, com que a decisão exarada pelo STF consiste em mero instrumento de pressão política.<sup>300</sup> Ademais, argumenta que os países cujos sistemas jurídicos admitem a inconstitucionalidade por omissão (referindo, como exemplos, os casos da Alemanha e de Portugal), o entendimento predominante

---

<[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200471000244567&dataPublicacao=29/03/2006](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200471000244567&dataPublicacao=29/03/2006)>. Acesso em: 30 nov. 2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2005.70.00.005886-5/PR**. Apelante: Ciro Kumode e outros. Apelada: União Federal. Relator: Juiz Federal Loraci Flores de Lima. Porto Alegre, 25.07.2006. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200570000058865&dataPublicacao=13/09/2006](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200570000058865&dataPublicacao=13/09/2006)>. Acesso em: 30 nov. 2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível 2003.50.01.010527-7/ES**. Apelantes: Ana Dolores Mass Bittencourt e outros. Apelada: União Federal. Relator: Des. Federal Ricardo Regueira. Rio de Janeiro, 14.02.2007. Disponível em: <[http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:Jv-GhrhWJt8J:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108710/1/42/171277.rtf+&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&access=p&oe=UTF-8](http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:Jv-GhrhWJt8J:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108710/1/42/171277.rtf+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 30 nov. 2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível 2003.84.00.011413-6/RN**. Apelantes: João Bezerra da Silva e outros. Apeladas: União Federal e UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Relator: Des. Federal Manoel Erhardt (convocado). Recife, 20.07.2006. Disponível em: <[https://www4.trf5.jus.br/data/2006/09/200384000114136\\_20060925.pdf](https://www4.trf5.jus.br/data/2006/09/200384000114136_20060925.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>299</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 247-248.

<sup>300</sup> SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out. 1995. pp. 37-38.

é no sentido da inexistência de qualquer pretensão do terceiro lesado de obtenção de ressarcimento pela ausência de lei.<sup>301</sup>

No particular, Maurício Jorge Pereira da Mota, refutando o argumento de Almiro do Couto e Silva, destaca que o controle de constitucionalidade, embora, de fato, seja político, não se confunde com a responsabilidade civil do Estado pela omissão legislativa inconstitucional, uma vez que o ato de legislar não pode ser considerado político (o que o tornaria insuscetível de responsabilização), pois o legislador, ao se vincular às normas constitucionais, não possui uma livre discricionariedade para decidir se irá legislar ou não. Assim, esclarece que o ato de legislar é, em verdade, juridicizado.<sup>302</sup>

Contrário à possibilidade de responsabilização estatal, Almiro do Couto e Silva ainda refere que o dano somente poderia ser quantificável com a edição da lei, porquanto esta é quem constitui o direito ou lhe dá feição definitiva, não se limitando, portanto, a simplesmente declará-lo. Por conta disso, o dano somente seria possível de ser estimado quando o direito que lhe dá origem efetivamente se materializasse, o que ocorre, segundo o autor, com a emanção da lei em questão. Assim, não tendo as ações que objetivam declarar a omissão legislativa o poder de destinar ao particular o ressarcimento do prejuízo decorrente dessa inércia, não poderia o indivíduo tampouco pela via oblíqua postulá-lo.<sup>303</sup>

Com efeito, a inexistência de lei infraconstitucional não inviabiliza a estimativa do prejuízo do terceiro lesado pela omissão legislativa. A respeito, Maurício Jorge Pereira Mota contesta o argumento de Almiro do Couto e Silva, salientando que a avaliação do dano é procedida com base em uma dupla operação de aproximação do justo valor, o que se dá mediante valoração de critérios objetivos e subjetivos pertinentes na relação jurídica em exame.<sup>304</sup> Além disso, como visto, a ADO ou o MI não se prestam a ressarcir o particular dos danos obtidos pela inércia do legislador. Daí por que é preciso distinguir o adimplemento normal da obrigação (isto é, a prestação específica) da situação que exsurge justamente do

---

<sup>301</sup> SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out. 1995. p. 37.

<sup>302</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 174.

<sup>303</sup> SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out. 1995. pp. 38-39.

<sup>304</sup> Maurício Jorge Pereira da Mota explica ainda que “por critérios objetivos entende-se o período a partir de quando se tornou o legislador em mora do seu dever de legislar e o valor *in abstracto* do bem lesado, através de meios de estimação automáticos ou tarifados, constantes para todos os casos; por critérios subjetivos deve-se entender o momento em que se configuraram os prejuízos quantificáveis da vítima: esta apreciação *in concreto* importa em se levar em conta que distintos bens podem ter sido lesados em diferentes momentos para distintos sujeitos.” (MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 175).

inadimplemento que origina a responsabilidade civil.<sup>305</sup> Nesse sentido, salienta Maurício Jorge Pereira da Mota:

À vítima interessa primordialmente o gozo de seu direito. É exclusivamente porque esta não consegue ver este interesse primordial satisfeito, em decorrência da omissão inconstitucional do legislador, que esta ajuíza a ação de responsabilidade. Esta ação não dá à vítima aquilo que lhe asseguraria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se vitoriosa: a edição da legislação infraconstitucional integradora que irá, afinal, garantir o seu direito postergado. A responsabilidade apenas lhe dá um sucedâneo imperfeito, qual seja, a conversão do seu direito em um equivalente em pecúnia, mas que não é a mesma coisa de ter assegurada a fuição do direito outorgado pela Constituição.<sup>306</sup>

Por fim, no que diz com a impossibilidade de a declaração de inconstitucionalidade operar efeitos *ex tunc*, Almiro do Couto e Silva refere que, além de a norma a ser editada não poder retroagir, não há como se determinar em que momento propriamente resulta caracterizada a mora *legislatoris*, exceto em fixando a Constituição um prazo específico dentro do qual a lei deve ser elaborada.<sup>307</sup>

Maurício Jorge Pereira da Mota, novamente, apresenta argumentos contrários, salientando, diversamente do apontado por Almiro do Couto e Silva, que o juiz pode sim fixar a época em que consumada a mora do legislador.<sup>308</sup> Aliás, como mencionado, em relação às omissões legislativas em que não há prazo definido para edição da lei, o princípio da proporcionalidade tem importância principalmente para fixar o momento em que consumada a omissão inconstitucional, verificada, como visto, após transcorrido um prazo razoável para a implementação da norma impositiva prevista na Constituição.<sup>309</sup>

E, finalmente, destaca Maurício Jorge Pereira da Mota ser descabido falar em inviabilidade de a norma retroagir, uma vez que, determinado o momento em que consumada a mora do legislador, a decisão que a atesta somente delimita o instante em que o direito em questão, já existente e válido na ocasião, deveria ter se tornado eficaz e não o foi, fazendo com que exsurja o dever de indenizar.<sup>310</sup>

<sup>305</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 175.

<sup>306</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 175.

<sup>307</sup> SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out. 1995. p. 38.

<sup>308</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 176.

<sup>309</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245.

<sup>310</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 176.

Por todas as razões examinadas, e tendo em conta o atual estágio de evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado, parece que o mais adequado é considerar a possibilidade do dever de indenizar do Estado pela omissões legislativas inconstitucionais, tanto parciais, quanto totais, em especial quando há prazo cominado para edição da lei. A questão, todavia, pode apresentar maiores controvérsias nas hipóteses em que o constituinte não fixou prazo para emanção da norma, como bem salienta Maria Emília Mendes Alcântara:

Evidentemente tal afirmação só prevalece em não havendo prazo fixado para a emanção de normas complementares à Constituição, pois que se houver prazo afigura-se-nos como indeclinável o direito de exigir indenização pelos danos ocasionados por essas omissões.

A questão apresenta maiores dificuldades, entretanto, quando ao Legislativo não for cominado prazo, sendo pois conferida competência discricionária quanto ao momento da emanção de tal ato.

Embora seja tese dificilmente sustentável, não nos parece que o legislador possa furtar-se a editar legislação que vise a tornar exequíveis direitos garantidos constitucionalmente, de molde a fraudar essas garantias. De que vale um direito assegurado constitucionalmente, mas que não tem condições de jamais ser exercitado? Portanto, acreditamos que a omissão do legislador por lapso razoável de tempo permitirá a propositura de ação de indenização por quem sofrer danos em virtude de ser titular de um direito garantido pela Constituição, mas impedido de o exercer por inércia legislativa.<sup>311</sup>

No entanto, também nos casos de omissão legislativa sem prazo fixado para elaboração da norma é necessário reconhecer a possibilidade de responsabilização estatal. Deve-se, no contexto, utilizar-se da mesma ideia desenvolvida relativamente à responsabilidade do Estado por condutas administrativas omissivas, no sentido de considerá-la objetiva, à semelhança das ações praticadas na função de administração.<sup>312</sup> Assim, a distinção entre as hipóteses em que há um prazo determinado para edição da lei daquelas em que não há fundamenta-se no fato de, nestas, o nexo causal depender de interpelação, o que, como analisado ao longo deste trabalho, ocorre mediante a utilização de técnicas de solução da omissão inconstitucional, que objetivam, ao final, constituir o Estado em mora, o que, por sua vez, configura o nexo causal.<sup>313</sup>

Disso tudo se conclui que, tanto em relação às omissões legislativas em que há fixação expressa de prazo para elaboração da norma, quanto em relação às omissões legislativas em que o momento da omissão é analisado com base em um prazo razoável, é possível surgir o

<sup>311</sup> ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 69.

<sup>312</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – Caso do Art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 208-225. p. 220.

<sup>313</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – Caso do Art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 208-225. p. 220.

dever de indenizar do Estado Legislador, possibilitando ao particular lesado pleitear a reparação das perdas e danos em virtude da inércia legislativa inconstitucional. A diferença entre essas duas situações reside, sobretudo, na facilidade com que aferida a responsabilidade estatal, já que, no primeiro caso, a mora do Poder Legislativo já se configura quando transcorrido o prazo constitucional fixado para edição da lei, ao passo que, no segundo, depende de um escoamento de lapso temporal razoável, o que, certamente, consiste em situação muito mais subjetiva, dependendo, portanto, do caso concreto.

Nessa última situação, entretanto, o princípio da proporcionalidade afigura-se como tendo especial relevância, na medida em que permite ao julgador fixar o momento em que consumada a omissão legislativa inconstitucional, com base na aferição de um lapso temporal razoável exigido para elaboração da norma regulamentadora faltante.<sup>314</sup>

A despeito disso, no atual estado de evolução do instituto da responsabilidade civil, e considerando o disposto no §6º, do art. 37, da CF – adotando a teoria da responsabilidade objetiva –, bem como a existência de um dever do legislador em implementar direitos assegurados constitucionalmente, mesmo em relação às omissões legislativas sem prazo definido para edição da lei (isto é, àquelas que a Constituição não prevê lapso temporal para emanção da medida legislativa), não se poderia defender a ausência de responsabilidade do Estado.

## **9 ANÁLISE DE CASO: O ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI N. 10.331/2001**

Para uma melhor compreensão a respeito do tema da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa, é pertinente expor, ainda que brevemente, um caso em que discutida a questão. Para o presente estudo, optou-se pela análise do Recurso Extraordinário n. 424.584, de relatoria do Sr. Ministro Carlos Velloso. Nesse caso, discutiu-se o dever de indenizar do Estado em face dos danos decorrentes da ausência de regulamentação do art. 37, X, da CF, após a alteração procedida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, que assegurou aos servidores públicos a revisão geral anual da remuneração. O referido dispositivo, após a EC n. 19/98, passou a ter a seguinte redação:

---

<sup>314</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245.

A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Vê-se do dispositivo mencionado que, embora a EC n. 19/98 tenha assegurado a revisão geral anual aos servidores públicos, exigiu-se lei específica para tal fim e, relativamente aos servidores públicos da União, lei de iniciativa privativa do Presidente da República, nos termos do que dispõe o art. 61, §1º, II, *a*, da CF. Entretanto, o Chefe do Poder Executivo federal permaneceu inerte, não encaminhando o referido projeto de lei para o Congresso Nacional. Diante disso, foi proposta a ADI n. 2.061/DF, justamente questionando a omissão legislativa em questão, na qual, em suma, reconheceu-se a mora do Chefe do Poder Executivo quanto à elaboração da lei e determinou fosse-lhe dada ciência para que desencadeasse o processo legislativo respectivo (DJ 29.6.2001).<sup>315</sup>

Fixada a mora do Presidente da República (DJ 29.6.2001), foi iniciado o procedimento legislativo de edição da lei em questão, o que resultou na promulgação da Lei n. 10.331/2001,<sup>316</sup> em 18.12.2001, estabelecendo a revisão geral anual aos servidores públicos da União, assegurada pela Constituição com a EC n. 19/98.

Lançadas tais considerações iniciais a respeito da controvérsia atinente ao art. 37, X, da CF, passo a tratar especificamente do Recurso Extraordinário n. 424.584/MG.

No Recurso Extraordinário n. 424.584/MG, servidores públicos federais da Universidade Federal de Viçosa pleitearam a reparação dos danos materiais e morais decorrentes da não regulamentação do aludido dispositivo constitucional no período compreendido entre a data de entrada em vigor da EC n. 19/98 (05.06.1998) e o termo inicial

---

<sup>315</sup> Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, *a*, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.061/DF**. Requerentes: Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 25.04.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375318>>. Acesso em: 30 nov. 2018).

<sup>316</sup> BRASIL. Lei n. 10.331, de 18 de dezembro de 2001. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10331.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10331.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2018.



da vigência da Lei n. 10.331/2001 (18.12.2001). O recurso em questão foi desprovido por maioria, restando assim ementado:

SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTO. COMPORTAMENTO OMISSIVO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa, não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Além disso, esta Turma entendeu que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos. Recurso extraordinário desprovido.<sup>317</sup>

Não obstante negado provimento ao recurso extraordinário, merecem análise os argumentos utilizados por cada um dos Ministros participantes do julgamento em questão.

O Relator, Sr. Ministro Carlos Velloso, votou por dar provimento ao recurso, fundamentando sua decisão no sentido de que, no caso, estariam presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil, tendo a qualidade de agente público sido determinante para a conduta lesiva. Asseverou que a hipótese não se referia a mero descumprimento de um dever legal de obstar o evento danoso (que, em seu entendimento, ensejaria tão somente o reconhecimento da responsabilidade subjetiva), na medida em que o dano, no caso em exame, seria atribuível diretamente à conduta omissiva do Estado, tratando-se, em verdade, de uma omissão *sui generis*, pois esta, segundo o Ministro, seria uma forma de ação. Por conta disso, referiu tratar-se o caso de analisar a responsabilidade civil do Estado sob a perspectiva da responsabilidade objetiva. Destacou, ainda, que o dano era certo (não eventual), o que se verifica da ausência da norma implementadora do direito em questão, e salientou não se pretender a integração da norma, mas tão somente a indenização pela sua ausência. Daí por que, na medida em que não se postulava, no caso, a correção monetária que decorreria da edição da norma regulamentadora (o que, ao fazê-lo, levaria o Poder Judiciário a se substituir no papel do legislador), e sim a indenização pelo dano sofrido em virtude dessa inércia, e considerando a existência de conduta e dano imputáveis ao Estado, o Relator reconheceu o dever de indenizar, votando, por isso, no sentido de dar provimento ao recurso.

Por sua vez, o Redator, Sr. Ministro Joaquim Barbosa, divergindo do Relator, votou pelo desprovidimento do recurso, ao argumento de que (1) a responsabilidade do Estado por ato legislativo é excepcional e (2) o dano, no caso em exame, não poderia ser considerado especial,

---

<sup>317</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 424.584/MG**. Recorrentes: Dionizio Pereira da Silva Filho e outro(s). Recorridos: União e outra. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17.11.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610629>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

e, não o sendo, não haveria razões para indenizar, por ausente pressuposto necessário para tanto. Quando suscitado pelo Relator que, no processo subjetivo, a decisão é *inter partes*, o Redator referiu que “Se estivéssemos num processo objetivo, eu até refletiria um pouco mais”. E, em virtude dos dois fundamentos apresentados pelo Ministro, votou pelo desprovimento do recurso.

Por fim, votou o Sr. Ministro Gilmar Mendes e, à semelhança do Redator, no sentido de desprover o recurso; todavia, por razões absolutamente distintas. O Ministro, como o Relator, reconheceu a possibilidade de que a omissão legislativa acarrete a responsabilidade civil do Estado, desde que, além da declaração da mora, esteja presente o requisito da razoabilidade quanto ao período de inadimplência do órgão omissor. Ou seja, segundo o Ministro Gilmar Mendes, há dois requisitos para que se verifique o dever de indenizar do Estado Legislador por omissão inconstitucional: o primeiro, consistente no reconhecimento judicial da mora legislativa; o segundo, na permanência da omissão, atrelada à averiguação de um prazo razoável para a edição da medida a partir da constituição em mora. Salientou, ainda, que, considerando a complexidade da matéria, a demora do envio do projeto de lei deveria ser submetida ao crivo da razoabilidade, e, na hipótese, viu-se que a declaração judicial da mora somente ocorreu por ocasião do julgamento da ADI n. 2.061/DF (DJ de 29.6.2001), tendo a Lei n. 10.331/2001 sido editada pouco tempo após (18.12.2001). Por conseguinte, destacou o Ministro que, embora preenchida a primeira condição (reconhecimento da mora), o mesmo não se verificou relativamente à segunda (a permanência da mora), razão pela qual votou pelo desprovimento do pedido do recorrente.

Portanto, denota-se que, embora não se tenha entendido pelo dever de indenizar do Estado Legislador no caso do Recurso Extraordinário n. 424.584/MG, dos três Ministros participantes do julgamento, somente o Redator, Sr. Ministro Joaquim Barbosa, entendeu pela inexistência do dever de indenizar pela omissão legislativa, ao argumento de que inexistiria, *a priori*, dano específico. Isso porque, não obstante o Ministro Carlos Velloso tenha votado pelo provimento do recurso, e o Ministro Gilmar Mendes, pelo seu desprovimento, ambos salientaram o cabimento da reparação estatal por tais condutas, desde que observados os pressupostos da responsabilidade civil (e, de acordo com o Revisor, Sr. Ministro Gilmar Mendes, isso não teria sido verificado, por ausente a permanência da mora, somente constatada, conforme explicitado, quando do julgamento da ADI n. 2.061/DF).

## 10 CONCLUSÕES

O tema da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa, embora ainda longe de concordância pacífica em âmbito doutrinário e jurisprudencial, tem sido cada vez mais objeto de estudo. Aliás, se, há pouco tempo, entendia-se pela total irresponsabilidade do Estado Legislador pela omissão inconstitucional, hoje, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, há quem sustente que tais atos não só são aptos a ensejar o reconhecimento do dever de indenizar do Estado, mas, inclusive, devem ser analisados com base na teoria da responsabilidade objetiva, isto é, sem necessidade de perquirição da presença de culpa ou dolo.

Ainda que o tema estudado seja complexo, neste trabalho pôde-se abordar as principais questões correlatas. Iniciou-se com a matéria da responsabilidade civil em geral, com a qual se pretendeu analisar o conceito e pressupostos da responsabilidade civil para, em um segundo momento, adentrar no tema específico da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa.

Diante dos assuntos tratados e das controvérsias apresentadas na primeira parte deste estudo, denota-se que, à luz do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria do risco administrativo tanto para condutas comissivas, quanto para condutas omissivas e, por conta disso, considera-se prescindível a existência de elemento subjetivo na conduta do agente público para que exsurja o dever de indenizar do Estado.

Viu-se, contudo, que, para fins de averiguação da responsabilidade estatal, a omissão afigura-se ainda como objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, e isso ocorre inclusive no que tange às condutas omissivas provenientes do exercício da função de administração (sobre as quais, como destacado ao longo do trabalho, não mais se discute a existência do dever de reparar em caso de danos). No particular, parte dos juristas sustenta que a teoria adotada deve ser a subjetiva; outra parte, entende por sê-la objetiva; e uma terceira parcela defende ser necessário subdividir as omissões em genéricas e específicas, de modo a adotar a corrente subjetivista às primeiras e a corrente objetivista às segundas.

Traçados conceitos básicos pertinentes à temática, adentrou-se nos pressupostos da responsabilidade civil – subdivididos, neste estudo, em quatro: (1) ação ou omissão imputável ao Estado; (2) danos a terceiros; (3) presença do nexo de causalidade; (4) qualidade de agente público.

Na sequência, referiu-se que a matéria em análise encontra-se intimamente conectada ao tema dos direitos fundamentais e do progressivo reconhecimento e ampliação destes na

contemporaneidade. Diante disso, no presente trabalho, considerando, primeiramente, as observações suscitadas sobre os pressupostos da responsabilidade civil, e tendo em conta, ainda, que o Estado, atualmente, é visto como detentor de um papel não só absenteísta, mas também de ente garantidor de direitos, atuante para com os indivíduos da comunidade, optou-se pela adoção da concepção da responsabilidade objetiva do Estado, de modo a acolher a teoria do risco administrativo, consubstanciada no precitado dispositivo legal, não só no que pertine à ação estatal, mas igualmente no que se refere à sua omissão.

Posteriormente, na segunda parte deste estudo, expôs-se especificamente o tema relativo ao dever de reparar do Estado Legislador por suas condutas omissivas.

Inicialmente, abordaram-se conceitos básicos a respeito do assunto, dentre eles os concernentes à função legislativa. No particular, destacou-se que, embora o Poder Legislativo corresponda a órgão ou poder do Poder Estatal, e, enquanto tal, exercendo atribuições de maneira independente (art. 2º, da CF), suas competências não são absolutas ou exclusivas, razão pela qual os demais poderes do Estado também podem, eventualmente, exercê-las. Isso, a seu turno, guarda relação com a adoção, no sistema jurídico brasileiro, do método de freios e contrapesos, com o qual se objetiva assegurar o equilíbrio entre todos os poderes do Estado.

Na sequência, fez-se uma breve exposição a respeito da evolução histórica da responsabilidade do Estado Legislador, com a qual se verificou que, a despeito de não mais se acolher a tese da total irresponsabilidade, o reconhecimento do dever de reparar do Estado pela função legislativa concentrou-se muito mais no que se refere aos atos comissivos, e, até hoje, no que atine aos atos omissivos do legislador, a matéria não está sedimentada.

Por tal razão, considerou-se imprescindível tratar sobre o agente legislativo, com a análise da noção de agente público. Concluiu-se, no contexto, que o art. 37, §6º, da CF, ao mencioná-lo, toma a expressão “agente público” em sentido amplo, abarcando, nesse sentido, também os agentes políticos, dentre os quais se incluem os agentes legislativos. No ponto, salientou-se que duas principais teorias procuram explicar a natureza jurídica que vincula os agentes legislativos, o povo e o Estado, quais sejam, a teoria do mandato imperativo e a teoria do mandato representativo. Hoje, não obstante pouco tenha o cidadão de influência direta na atividade parlamentar, reconhece-se que, cada vez mais, o eleitor detém certo domínio moral sobre o representante. Daí por que, na medida em que o art. 37, §6º, da CF, considera tanto a ação, quanto a omissão do “agente público” – incluindo, portanto, aqueles que exercem função legislativa –, é possível questionar a existência de eventual dever de reparar do Estado pela ausência de atividade legiferante que implique danos a terceiros, desde que observados, por óbvio, os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Consignada, pois, a possibilidade de a inércia legislativa configurar uma omissão passível de indenização, abordou-se o tema da inconstitucionalidade por omissão. No contexto, observou-se que o assunto vincula-se inequivocamente com o perfil atribuído à atual Constituição Brasileira, pois, enquanto constituição dirigente e programática, prevê diversas normas desprovidas de aplicabilidade imediata (normas de eficácia limitada), decorrentes da ideia de que o diploma constitucional, no sistema jurídico vigente, define fins e programas de ação futura, deixando ao legislador constituído uma tarefa ulterior, no sentido de complementar tais normas, sob pena de afrontar a vontade constitucional.

Viu-se, ao longo deste trabalho, que a inconstitucionalidade por omissão pode ser conceituada como sendo a inércia total ou parcial do Poder Público à prática de um ato legislativo ou de outra natureza, exigido pela norma constitucional, e que implica a insuficiência ou deficiência da atividade em questão, ocasionando a falta da concretude da norma, nos termos visados pelo constituinte. Contudo, neste estudo, o objeto restringiu-se às omissões inconstitucionais decorrentes da ausência da função típica de legislar, e não àquelas derivadas de omissão de atos não legiferantes.

Com efeito, verificou-se que a questão relativa às omissões inconstitucionais põe em exame o limite existente entre a liberdade de edição de uma lei e o dever de legislar previsto no texto constitucional. Hoje, contudo, reconhece-se que há, de fato, um dever do legislador em emanar leis, sob pena de incorrer em afronta à normatividade da Constituição e aos valores nela assentados pelo constituinte. Há de se ressaltar, no particular, que, a despeito da matéria relativa à inconstitucionalidade por omissão ser normalmente vinculada ao tema dos direitos fundamentais, não necessariamente diz respeito a estes. Assim, o legislador pode deixar de efetivar determinado comando constitucional não concernente a tal categoria de direitos, cuja inércia, da mesma maneira, é passível de configurar omissão inconstitucional. Ultrapassa-se, pois, a categoria dos direitos fundamentais.

Além disso, a omissão não é analisada em face da Constituição por inteiro considerada, mas em face de norma específica e determinada, que depende de integração normativa para que produza todos os efeitos pretendidos pelo constituinte. De igual maneira, não é todo silêncio legiferante que configura uma omissão inconstitucional, devendo-se analisá-lo sob uma perspectiva não só naturalística, mas a partir de um elemento normativo. Aliás, somente assim será possível justificar a existência de omissões inconstitucionais decorrentes de omissões parciais do legislador, já que, nesses casos, naturalisticamente, não há uma “inércia” do parlamentar, senão uma conduta comissiva, ainda que deficiente ou insuficiente. No ponto, observou-se, ainda, que as normas que ensejam o reconhecimento de uma omissão legislativa

inconstitucional dizem respeito às normas de eficácia limitada, tendo em vista que estas se caracterizam por dependerem de atividade normativa posterior, que lhes complemente, visando permitir-lhes surtir todos os efeitos pretendidos pelo constituinte.

O momento em que resulta caracterizada a omissão inconstitucional também se revela de importância singular para a conclusão deste trabalho. No ponto, constatou-se que duas situações devem ser examinadas. A primeira, quando a Constituição prevê prazo para a edição da norma regulamentadora faltante, e a segunda, quando a Constituição não indica prazo para tanto. Na primeira hipótese, observa-se a inconstitucionalidade por omissão tão logo haja o escoamento do prazo previsto pelo constituinte para a edição da lei, enquanto, na segunda hipótese, é imprescindível que se analise o momento de configuração da inconstitucionalidade por omissão com base em um lapso temporal razoável, o que deve ser aferido pelo intérprete no caso a caso, mediante a utilização de conhecimentos obtidos pela sua experiência. E, nesse último caso, viu-se que o princípio da proporcionalidade afigura-se como de inquestionável relevância.

Ademais, como referido, percebeu-se que a omissão não só pode ser total, mas também parcial, isto é, não só há omissão quando há propriamente uma inércia em sentido naturalístico (um não-fazer); há igualmente omissão quando há falta de ação conforme delimitado pelo preceito constitucional (uma ação deficiente ou insuficiente). Neste estudo, optou-se por expor diversas classificações da omissão, distinguindo-se as omissões em (1) total e parcial; (2) formal e material; (3) absoluta e relativa; e (4) infrações omissivas próprias e impróprias. A despeito das diversas formas de classificação da omissão e das possíveis controvérsias delas decorrentes, o estudo em si fez-se importante para fins de assentar o entendimento no sentido de que a omissão não só se configura no que tange à total ausência de atividade do legislativo, mas igualmente quando a atividade se demonstra incompleta e insuficiente perante o objetivo consubstanciado na norma constitucional não aplicável.

Analisadas tais formas de omissão, foram abordados os instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI). Notou-se, no particular, que a Constituição Federal de 1988 introduziu tais técnicas de controle da omissão inconstitucional com o objetivo de viabilizar o reconhecimento da mora do Poder omisso na elaboração da norma regulamentadora faltante, bem como visando a dar ciência ao órgão estatal para que implemente a norma em questão. Ocorre que tais técnicas de controle da omissão não se prestam a impor a prática do ato legislativo faltante, tampouco autorizam o Poder Judiciário a editá-lo, sob pena de, ao fazê-lo, violar o princípio da separação dos poderes.

Em que pese as inúmeras diferenças entre a ADO e o MI suscitadas neste trabalho, a maior delas consiste no fato de a ADO referir-se a instrumento de controle abstrato da omissão, prescindindo, por conseguinte, da existência de um interesse jurídico específico, na medida em que se trata de processo objetivo, e, por conta disso, visa à defesa da Constituição considerada na sua integralidade. De outro lado, o MI, objetivando salvaguardar direitos subjetivos, necessita da presença de interesse jurídico daquele que os postula.

A respeito, é de se salientar, ainda, que, para impugnação da inércia legislativa, no MI, diversamente do que ocorre com a ADO, não é necessária a configuração de uma omissão inconstitucional, isto é, de um lapso temporal razoável sem a devida implementação da norma exigida pelo texto constitucional. O MI, nesse sentido, pode ser utilizado, inclusive, contra meras lacunas técnicas, razão pela qual, tão logo promulgada a Constituição Federal de 1988, viabilizou-se a utilização da injunção para questionar a inatividade do legislador.

Destacou-se, ademais, que a legitimidade ativa no MI é muito mais ampla que da ADO: enquanto nesta, o rol de legitimados encontra-se taxativamente arrolado no art. 103, da CF, o MI pode ser impetrado, na sua modalidade individual, por qualquer pessoa detentora de um direito abstratamente conferido pela Constituição e inviabilizado de ser exercido em virtude da inexistência da norma regulamentadora, e, em sua modalidade coletiva, pelas entidades previstas no art. 12, da Lei n. 13.300/2016.

Outra distinção importante entre as duas ações diz respeito à eficácia da decisão, na medida em que, na ADO, a decisão tem efeitos *erga omnes*, ao passo que, no MI, a decisão tem efeitos *inter partes* – lembrando-se, contudo, que a Lei n. 13.300/2016 autorizou, em seu art. 9º, §1º, a possibilidade de o julgador conferir à decisão proferida em sede de MI eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*. Ademais, pode-se sublinhar que, de maneira geral, a decisão proferida no âmbito da ADO tem efeitos *ex tunc*; entretanto, à vista de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o STF pode proferir decisão com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, medida expressamente autorizada no art. 27, da Lei n. 9.868/1999. Assim, para efeitos de responsabilidade civil do Estado, a mora não é constituída no momento em que proferida a decisão, mas nesta apenas declarada como existente a partir de uma determinada data, definida, como visto, com base em um lapso temporal razoável.

Diversas outras diferenças relativas a essas duas ações foram abordadas ao longo deste trabalho. Em resumo, todavia, revela-se importante destacar que tanto as decisões proferidas em sede de ADO, quanto as proferidas em sede de MI, objetivam declarar a mora do Poder Público, estimulando-o a cumprir o dever constitucional a ele imposto, qual seja, o de legislar.

Nesse sentido, tais instrumentos de controle da omissão legislativa são particularmente importantes para que, nos casos em que não há prazo determinado para a elaboração da norma, reconheça-se o momento de configuração do estado de mora, bem como o momento em que se configura a omissão inconstitucional. Nada obstante, como salientado, as técnicas de controle da omissão inconstitucional não asseguram a observância da decisão emanada, no sentido de garantir a edição da norma faltante, limitando-se a apenas declarar a mora do Poder omissor. Ocorre que, como visto, à semelhança dos demais poderes do Estado, o Legislativo sujeita-se indubitavelmente à ordem jurídica.

Por conta disso, verificada a mora do Poder Público na elaboração da lei, é forçoso reconhecer a possibilidade de danos decorrentes dessa inércia legislativa, de modo a suscitar discussão quanto ao cabimento de eventual responsabilização do Estado por tais condutas. Assim, a possibilidade de responsabilização do Estado Legislador por omissão requer a presença, além dos requisitos gerais da responsabilidade civil, de uma omissão inconstitucional. Tal circunstância, de outra parte, pode derivar não só de uma norma não autoaplicável em que previsto lapso temporal para sua implementação, mas igualmente de uma norma sem alusão a qualquer prazo, desde que após o respectivo reconhecimento do estado de mora do Poder omissor, mediante a utilização dos instrumentos introduzidos no ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, anteriormente referidos.

Apesar disso, a simples existência da inércia legislativa, da omissão inconstitucional e da declaração da mora na emanção da lei não são por si sós suficientes para gerar o dever de indenizar. É imprescindível que haja a presença de dano e do nexo de causalidade entre a omissão legislativa e o prejuízo. Daí por que a caracterização da ilicitude, consistente no reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, deve ser declarada antes da propositura da ação em que o particular postula o ressarcimento pelas perdas e danos sofridos.

Destaque-se, nesse contexto, que o vocábulo “agente público”, mencionado no art. 37, §6º, da CF, tem concepção ampla, abarcando igualmente os legisladores, com que a eles também se deve reconhecer a aplicabilidade do dispositivo. Diante disso, não se afigurando mais ilimitada a discricionariedade do agente legislativo na atividade de elaboração normativa – e considerando, ainda, o papel atribuído ao Estado, de ente protetor e intervencionista –, eventual inércia do agente político, quando obrigado a agir, enseja a caracterização de uma omissão legislativa inconstitucional. E isso, por sua vez, propicia o reconhecimento do dever de recompor as perdas e danos porventura sofridos pelo particular em decorrência do ato ilícito observado pelo Poder Público.



A despeito das diversas controvérsias atinentes à temática, tanto em sede doutrinária, quanto em sede jurisprudencial, à vista de todos os pontos suscitados ao longo deste trabalho, entendimento no sentido da possibilidade de o Estado Legislador indenizar parece corresponder ao posicionamento mais coerente com o atual estágio evolutivo do instituto da responsabilidade civil do Estado. A uma, considerando o disposto no art. 37, §6º, da CF, que não diferencia o regime de responsabilização entre condutas comissivas e omissivas e não discrimina os agentes legislativos dos agentes públicos. A duas, porquanto o legislador, em um Estado Democrático de Direito, certamente sujeita-se às disposições constitucionais, e, nesse sentido, encontra-se, por diversas vezes, obrigado normativo-constitucionalmente, à elaboração de leis. A três, porque embora a ADO e o MI não objetivem ressarcir o particular pelas perdas e danos obtidos pela inatividade legiferante, ao declararem a mora do Poder omissor, reconhecem o ato ilícito praticado pelo Poder Público. A quatro, pois de nada adianta um direito assegurado constitucionalmente se não puder ser reivindicado perante o Judiciário, mesmo após reconhecido o ato ilícito do legislador e ainda que este permaneça inerte na elaboração da lei.

Entretanto, considerando o restrito número de casos levados a julgamento por decorrência da omissão legislativa inconstitucional, a questão ainda é de manifesta discordância, mormente em âmbito jurisprudencial. Nesse trabalho, como visto, optou-se por apresentar a omissão legislativa referente à elaboração da norma prevista no art. 37, X, da CF, após a alteração realizada no referido dispositivo com a Emenda Constitucional n. 19/98.

Abordada a questão no Recurso Extraordinário n. 424.584/MG, constatou-se que os Ministros que participaram do julgamento em questão, além de divergirem no sentido de admitir ou não admitir a responsabilização do Estado Legislador por condutas omissivas, divergiram igualmente quanto aos fundamentos da posição adotada por cada um. Viu-se que o Ministro Joaquim Barbosa posicionou-se pela inviabilidade de se imputar ao Estado o dever de reparar por tais condutas. Em sentido diametralmente oposto, o Ministro Carlos Velloso, manifestou-se pela procedência da ação, asseverando que, no caso em exame, todos os pressupostos da responsabilidade civil estariam presentes. Por fim, o Ministro Gilmar Mendes, votou pela improcedência da demanda, não porque refuta a possibilidade de responsabilizar o Estado pela omissão legislativa inconstitucional, mas porque, na hipótese, um dos pressupostos da responsabilidade civil não estaria presente, qual seja, a permanência da mora.

O entendimento do Ministro Gilmar Mendes parece, a meu ver, ter fundamento, ao assinalar que o “lapso temporal razoável” também deve ser considerado a partir do momento em que reconhecido o estado de mora do Poder omissor, mediante a respectiva interpelação judicial. Assim, parece que o mais adequado seria considerar que somente nos casos em que

previsto prazo para elaboração da medida é que a mora – consumada, em tais hipóteses, pela mera inobservância do prazo previsto no dispositivo –, é suficiente para ensejar a responsabilização do Estado, sem qualquer outro requisito temporal como pressuposto do dever de reparar. Em contrapartida, nos casos em que inexistente um prazo delimitado pelo constituinte para implementação da norma não autoaplicável em questão, deve-se considerar um decurso de prazo razoável, com base no princípio da proporcionalidade, tanto para se definir o momento em que consumada a mora (e do respectivo ato ilícito do Poder Público), quanto para reconhecer a permanência do estado de mora.

É importante destacar, todavia, que o posicionamento aqui adotado não o é pelo fato de representar a doutrina ou jurisprudência majoritárias, porquanto, como salientado, a matéria pouco se encontra pacificada na tradição jurídica brasileira. Assim sendo, a opção efetuada neste estudo justifica-se por duas razões: primeiro, à vista das dificuldades inerentes ao processo legislativo no país; segundo, por se situar a um meio-termo entre o não reconhecimento total do dever de indenizar do Estado Legislador por suas condutas omissivas e entre a possibilidade desse reconhecimento, a depender do caso.

É assente que diversas questões correlatas ao tema ainda figuram como objeto de grande dissenso doutrinário e jurisprudencial no Brasil, o que dificulta ainda mais uma conclusão peremptória sobre a existência ou não do dever de indenizar do Estado Legislador por omissão legislativa. Nada obstante, considerando todas as questões abordadas neste estudo, vê-se um nítido direcionamento da doutrina e jurisprudência no sentido de considerar possível que, eventualmente, o particular seja ressarcido pela inatividade do legislador, o que, por sua vez, mais se coaduna com o atual estágio de evolução do instituto da responsabilidade civil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção - Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 1-13, jan. 1993.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 245-281, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.331, de 18 de dezembro de 2001. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10331.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10331.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 9 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1.581.961/SP**. Agravante: Fundação de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação CASA) de São Paulo. Agravados: Rita de Cássia Vieira Anacleto e Maurício Anacleto. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 01 set. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502925473&dt\\_publicacao=14/09/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502925473&dt_publicacao=14/09/2016)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 986.208/MT**. Agravante: Estado do Mato Grosso. Agravados: Antônio Sales de Assis e outro. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702882421&dt\\_publicacao=12/05/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702882421&dt_publicacao=12/05/2008)>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.279.106/RJ**. Agravante: União. Agravado: Janaína Paulino de Paz e outros. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 22 ago. 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102209941&dt\\_publicacao=31/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102209941&dt_publicacao=31/08/2017)>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 243.494/PR**. Agravante: Afonso Gribeler. Agravada: União. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 05 fev. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202178726&dt\\_publicacao=19/02/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202178726&dt_publicacao=19/02/2013)>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.069.996/RS**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Carlos Alberto Andrade Peixoto. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 18 jun. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801422039&dt\\_publicacao=01/07/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801422039&dt_publicacao=01/07/2009)>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.198.829/MS**. Recorrente: Betty Alves Corrêa. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 05 out. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001152856&dt\\_publicacao=25/11/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001152856&dt_publicacao=25/11/2010)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.307.032/PR**. Recorrente: Hospital e Maternidade Angelina Caron Ltda. Recorridos: Jandira Gabardo Viskiski e outro. Rel.: Min. Raul Araújo. Brasília, 18 jun. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102701418&dt\\_publicacao=01/08/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102701418&dt_publicacao=01/08/2013)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 719.738/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Ana Maria Bresolin. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 16 set. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500121767&dt\\_publicacao=22/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500121767&dt_publicacao=22/09/2008)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 858.511/DF**. Recorrente: Denildo Pereira da Silva e outro. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Relator para Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 19 out. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601212459&dt\\_publicacao=15/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601212459&dt_publicacao=15/09/2008)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/DF**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24.02.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 30 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.079/ES**. Requerente: Confederação Nacional dos trabalhadores em educação – CNTE. Requeridos: Governador do Estado do Espírito Santo e Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 26.02.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8351074>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682/MT**. Requerente: Assembléia Legislativa de Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 09.05.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25/DF**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30.11.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.061/DF**. Requerentes: Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 25.04.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375318>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1.099.799**. Agravantes: Alceu Rodrigues e Maria Aparecida da Silva Rodrigues. Agravados: Departamento de Estradas de Rodagens do Estado de São Paulo (DER/SP). Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 11 mai. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14880348>>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 868.610/PB**. Agravante: Estado da Paraíba. Agravada: Odete da Silva. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 mai. 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831973>>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 663.647/PR**. Agravante: Estado do Paraná. Agravados: Eliane Teresinha Squine Martins e outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1795171>>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção 79/DF**. Agravantes: Amleto Mosci e outros. Agravado: Presidente da República. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 02.08.1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81739>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção 81/DF**. Requerentes: Adeilson de Jesus Mota e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 20.04.1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325431>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no agravo em Recurso Extraordinário 1.130.542/DF**. Agravantes: Antonio Fernando Guimaraes Teixeira Filho e outros. Agravados: Distrito Federal, Maysa Fernanda Reis Guimaraes Medeiros, Giovanna Reis Guimarães Teixeira, Andressa Reis Guimarães Teixeira. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 mai. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+1130542%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yc3ablw2>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no agravo em Recurso Extraordinário 667.117/AL**. Agravantes: Maria de Lourdes Soares da Silva e outros. Agravados: Sandra Gomes dos Santos, Estado do Alagoas e Cláudio Pedro da Silva. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 22 out. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+667117%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9lrocux>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração em Agravo Regimental em Ação Cível Originária 792/PR**. Embargante: Estado de Santa Catarina. Embargado: União. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 01.09.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13588415>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 232/RJ**. Requerente: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 02.08.1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 283/DF**. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt. Impetrados: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 20.03.1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 543/DF**. Impetrantes: Renato Arantes Tinoco e outros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim. Brasília, 26.10.2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81863>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção 562/RS**. Impetrantes: Avelino Iost e outros. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Brasília, 20.02.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81866>>. Acesso em: 30 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 130.764/PR**. Recorrentes: Ministério Público e Estado do Paraná. Recorrido: H. Kaminski & Cia Ltda e outros. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 mai. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 262.651/SP**. Recorrente: Auto Viação Urubupungá Ltda. Recorrido: Elias Farah. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 238.453/SC**. Recorrente: Município de Concórdia. Recorrida: Shirlei Tecchio Chiamenti. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 nov. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256132>>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 283.989/PR**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Luiz Caldato S/A Indústria de Madeiras. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259914>>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 382.054/RJ**. Recorrente: Jorge Luiz dos Santos. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 03 ago. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261654>>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 424.584/MG**. Recorrentes: Dionizio Pereira da Silva Filho e outro(s). Recorridos: União e outra. Relator: Min. Carlos

Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17.11.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610629>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591.874/MS**. Recorrente: Viação São Francisco Ltda. Recorridos: Justa Servin Franco e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>. Acesso em: 16 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível 2003.50.01.010527-7/ES**. Apelantes: Ana Dolores Mass Bittencourt e outros. Apelada: União Federal. Relator: Des. Federal Ricardo Regueira. Rio de Janeiro, 14.02.2007. Disponível em: <[http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:Jv-GhrhWJt8J:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108710/1/42/171277.rtf+&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&access=p&oe=UTF-8](http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:Jv-GhrhWJt8J:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108710/1/42/171277.rtf+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2004.70.13.001362-2/PR**. Apelantes: União Federal; Fundação Nacional de Saúde – FUNASA; Maria Rita de Almeida e outros. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Relatora para Acórdão: Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb. Porto Alegre, 22.05.2007. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=1748364](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1748364)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2005.70.00.005886-5/PR**. Apelante: Ciro Kumode e outros. Apelada: União Federal. Relator: Juiz Federal Loraci Flores de Lima. Porto Alegre, 25.07.2006. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200570000058865&dataPublicacao=13/09/2006](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200570000058865&dataPublicacao=13/09/2006)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2004.71.00.024456-7/RS**. Apelante: Vitor Alan de Freitas. Apelada: União Federal. Relator: Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior (convocado). Porto Alegre, 06.03.2006. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200471000244567&dataPublicacao=29/03/2006](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200471000244567&dataPublicacao=29/03/2006)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível 2003.84.00.011413-6/RN**. Apelantes: João Bezerra da Silva e outros. Apeladas: União Federal e UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Relator: Des. Federal Manoel Erhardt (convocado). Recife, 20.07.2006. Disponível em: <[https://www4.trf5.jus.br/data/2006/09/200384000114136\\_20060925.pdf](https://www4.trf5.jus.br/data/2006/09/200384000114136_20060925.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1.



CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. I.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. II.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade do estado por ato legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 153, p. 15-34, jan. 1983.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265-290.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986.

\_\_\_\_\_. **Processos informais de mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – Caso do Art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 208-225

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. São Paulo: Manole, 2012.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Tradução de Eduardo Mendonça. In: SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. In: Coleção História Constitucional Brasileira. Prefácio de Roberto Rosas. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. II.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 99, p. 115-127, jul./set. 1991.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70076886290**. Apelante: Renato Dunke Samuel. Apelados: Edineia Duncke, Deivis Robledo Samuel e Município de Constantina. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 12. Jul. 2018. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70076886290&code=9963&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%209.%20CAMARA%20CIVEL](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70076886290&code=9963&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%209.%20CAMARA%20CIVEL)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70076922665**. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Wagner da Silva. Relatora: Des. Lusmary Fatima Turelly da Silva. Porto Alegre, 26 jun. 2018. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70076922665&code=8542&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%205.%20CAMARA%20CIVEL](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70076922665&code=8542&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%205.%20CAMARA%20CIVEL)>. Acesso em: 25 set. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, p. 79-122, jul./set. 1991.

SANTOS, Oliveira. **Direito Administrativo e Ciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho**. 3. ed. México: Porrúa, 1980.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out. 1995.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 5, p. 581-592, mai. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.